

I. rel.

1276

π

I. rel. 1276 £

Keller

<36632876310010

<36632876310010

Bayer. Staatsbibliothek



C

Der Nachlassvertrag ausser Conkurs

nach dem

schweizerischen Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Conkurs

mit einer

historischen Einleitung

Inauguraldissertation

zur

Erlangung der Doctorwürde

der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Facultät

der

Hochschule Zürich

vorgelegt von

Gustav Keller

aus Winterthur

Zürich
Druck von Friedrich Schulthess
1891



Seinem lieben Vater

Herrn C. Keller-Egg

Director der Bank in Winterthur

in Dankbarkeit und Liebe
gewidmet.



I. Theil:

Historische Einleitung.



I. Theil.

Historische Einleitung.

Im I. Theil, welcher die §§ 1—5 umfasst, ist es uns im wesentlichen darum zu thun, in kurzen Zügen einen Überblick über die historische Entwicklung des Rechtsinstituts des Nachlassvertrags zu geben, indem wir denselben betrachten:

- 1) im römischen Recht,
- 2) im italischen Recht des Mittelalters,
- 3) im deutschen Rechte nach der Reception des römischen Rechts,
- 4) im gemeinen Rechte und dann endlich
- 5) den Stand der modernen Gesetzgebung.

§ I. Römisches Recht.

I. Das römische Erbrecht beruht auf dem Princip der Universalsuccession; das Gesamtvermögen des Erblassers: „universum jus defuncti“ geht als Einheit auf den oder die Erben über¹; es verschmilzt regelmässig² zu einem Vermögen mit demjenigen des oder der Erben; daher denn auch die Haftung der Letztern für die Erbschaftsschulden. Bleibt aber die Erbmasse erblos und zieht sie auch der Fiscus nicht an sich, so wird sie zu Gunsten der Erbschaftsgläubiger verkauft; dies ist der Fall der bonorum venditio³. Die Letztere hat einen schimpflichen Charakter und behaftet den Erblasser mit Ignominia, d. h. mit einem Zustand geminderter Ehre⁴. Um diesen zu vermeiden, räth ein römischer

¹ Vgl. l. 62 D. de reg. i. (50. 17).

² Ausnahmen: Antretung der Erbschaft cum beneficio inventarii oder separationis.

³ Vgl. Gajus, III § 78.

⁴ Vgl. Gajus, II § 154; Cicero, de legibus II § 19—21 betrachtet sie als eine causa capitis, weil mit dem Verkauf der gesamten Erbmasse auch die sacra privata defuncti auf den Käufer übergangen.

Jurist dem überschuldeten Erblasser⁵ an, einen seiner Sklaven als Erben zu instituieren, weil dieser als heres suus et necessarius die Erbschaft nicht ausschlagen könne und ihn deshalb dann und nicht den Erblasser die Schande der bonorum venditio treffe⁶. Hiegegen wendet Sabinus mit Recht ein: Der Sklave sollte nicht mit Ignominia behaftet werden, da er ja necessitate juris die bonorum venditio erleide. Seine Stimme scheint Gehör gefunden zu haben. Denn auch später noch sehen sich die Erben immer vor die missliche Alternative gestellt, entweder durch Übernahme der Erbschaft ihr eigenes Vermögen Verlusten auszusetzen, oder andernfalls die Ignominia des Erblassers zu verursachen.

Erst die kaiserliche Gesetzgebung machte sich die Regelung dieser unzweckmässigen Verhältnisse zur Aufgabe. Nachdem der Kaiser Antoninus Pius in einem Rescripte, dessen genauer Inhalt uns leider nicht überliefert ist, mildernde Bestimmungen getroffen hatte, so erledigte, wie wir aus der l. 10 pr. D. (2. 14) vernehmen, Kaiser Marc Aurel den fraglichen Fall endgültig in einem Rescripte dahin: Es sollen die Erben die Übernahme der Erbschaft von einem theilweisen Nachlass der Erbschaftsschulden seitens der Gläubiger abhängig machen dürfen, und der Prätor das Recht haben, die Gläubiger, sofern sie sich nicht freiwillig dazu verstanden, unter gewissen Voraussetzungen zu einem solchen Nachlassvertrage zu zwingen; dies alles zum Zweck der conservatio famæ defuncti⁷. Die Letztere ist nach deutlicher Aussage der l. 23. D. quæ in fraud. cred. (42. 8) die ratio legis des römischen Nachlassvertrags. In einem andern als diesem singulären Erbrechtsfall kennt ihn das römische Recht nicht.

Die nähern Bestimmungen der Quellen sind nun folgende:

II. Zum Antrag zu den Nachlassverhandlungen ist berechtigt:

1. Der heres voluntarius, dem die insolvente Erbschaft deferirt worden ist, so lange er seinen Antritt nicht erklärt hat⁸.

Wie aber dann, wenn er cum beneficio inventarii antreten will? Hierüber geben die Quellen keinen Aufschluss und in der

⁵ Vgl. § 1 Inst. de her. qual. (2. 19): „qui facultates suas suspectas habet“.

⁶ Vgl. Gajus, II § 154.

⁷ Vgl. l. 7 § 17 § 19 D. de pactis (2. 14).

§ 1 i. 7 Inst. qui ex q. c. man. (1. 6).

⁸ Vgl. l. 7 § 17 D. de pactis (2. 14).

Doctrin herrscht Streit. Die Frage muss u. E. zu Ungunsten des Erben entschieden werden⁹; denn ist schon die Vorschrift Marc Aurels, die eine Minderheit von Gläubigern ihre wohl erworbenen Rechte aufzugeben zwingt, höchst anomaler Natur und darum restrictiv auszulegen, so fällt zudem durch eine Erbschaftsantretung cum beneficio inventarii der Zweck des Nachlassvertrags, die conservatio famæ defuncti weg. Dann ist die Erbschaft nicht mehr erblos; sie hat einen Erben gefunden, der sich zudem auf Grund dieser Rechtswohlthat vor pecuniärem Schaden schützen kann.

2. Der heres necessarius, der vom beneficium abstinendi keinen Gebrauch macht¹⁰.

Nicht berechtigt sind die Erbschaftsgläubiger. Dieselben können nur die Initiative zu einem Nachlassvertrag ergreifen; antragsberechtigt sind sie nicht; diesen Fall enthält die l. 7. § 18 D. de pactis (2. 14).

III. Zur Verhandlung und Entscheidung über den Nachlassvertragsvorschlag werden nach Marc Aurels Rescript alle Gläubiger zusammenberufen¹¹; wen wir als solche anzusehen haben, sagt uns die l. 10 D. de v. sign. (50. 16); nach derselben gehören hieher auch Gläubiger mit befristeten und bloss bedingten Forderungen¹²; nicht aber solche aus Naturalobligationen. Eine wichtige Ausnahme findet aber nach l. 10 pr. D. de pactis (2. 14) gegenüber creditores qui hypothecas habent statt: Deren Rechte bleiben unangetastet. Sie werden an den Nachlassvertrag nicht gebunden und brauchen auch nicht zusammenberufen zu werden; denn die Worte der l. 10 pr. D. l. c.: haec omnia . . . beziehen sich auf die ganze vorausgehende Stelle; also auch auf das convenire der Gläubiger¹³. Zudem

⁹ Vgl. Heffter, Archiv für civ. Praxis X. p. 342; Spangenberg, Z. für Civilr. und Process VI p. 226 ff.; Schmid, Gemeiner deutscher Civil-Process III § 215 Note 54; A. M. Schweppe, System des Concurses § 19.

¹⁰ Vgl. l. 7 § 18 D. eod.

¹¹ Vgl. l. 10 pr. D. eod.

¹² Fallen deren Forderungen durch Nichteintritt der Bedingung nachher weg, so wird der Erbe billigerweise den übrigen Gläubigern die freiwerdende Summe nachträglich abgeben müssen; er soll sich beim Nachlassvertrag nicht bereichern; so Heffter a. a. O. p. 346.

Pfeiffer, Prakt. Ausführungen VIII p. 138.

¹³ Vgl. Dabelow, Concurs der Gläubiger p. 287.

läge u. E. eine materielle Ungerechtigkeit darin, dass die Hypothekargläubiger zwar durch die Majorität der Gläubiger nicht zum Nachlassvertrag gezwungen werden könnten, wohl aber ihrerseits Berathungs- und Stimmrecht hätten; das widerspräche doch offensichtlich der Rechtsgleichheit ¹⁴. Ein Zwang gegen die pfandgesicherten Gläubiger, sollte selbst ihre Deckung eine bloss illusorische sein, ist ausgeschlossen. Wohl aber ist es letztern unbenommen, durch Verzicht auf ihr Pfandrecht sich an Verhandlung und Entscheidung theilnahmeberechtigt zu machen; natürlich trifft dann auch sie der Nachlass ¹⁵.

Unter den Creditores qui hypothecas habent, haben wir zweifellos sowohl Hypothekar- als Faustpfandgläubiger zu verstehen, da ja den Quellen eine scharfe Unterscheidung von hypotheca und pignus oft fremd ist ¹⁶ und zudem die Rechtsbilligkeit für beide gleiche Behandlung verlangt.

An den allfällig zu stande kommenden Nachlassvertrag sind daher gebunden alle Chirographargläubiger, ob privilegiert oder nicht, trotz dem Widerspruch der l. 58 § 1 D. mand. (17. 1). Der letztern ist nach der Ansicht der meisten Schriftsteller der Entscheid der l. 10 pr. D. de pactis (2. 14) als sedis materiæ vorzuziehen ¹⁷.

¹⁴ Vgl. Heffter, a. a. O. p. 347; A. M. Bayer, Theorie des Concursprocess § 39 Note 6.

¹⁵ Einen solchen Fall enthält l. 58 § 1 D. mand. (17. 1).

¹⁶ Vgl. z. B. l. 8 § 6 Cod. qui bon. (7. 71); Puchta, Beiträge II. p. 452.

¹⁷ Der Widerspruch ist kurz folgender: Während l. 10 pr. D. 2. 14 ausdrücklich sagt privilegiarios exemplum creditorum sequi oportere, so stellt l. 58 § 1 D. mand. (17. 1) pignus und privilegium parallel, sie scheint pfandgedeckte und privilegierte Gläubiger gleich zu behandeln. Über die Lösung dieser Controverse besteht eine reiche Literatur.

Vgl. Dabelow, a. a. O. p. 289 ff.; Bayer, a. a. O. § 38 Note 5; Schmid, a. a. O. § 215 Note 79; Schweppe, a. a. O. § 21; Heffter, a. a. O. p. 354; Puchta, Pandekten § 297; Vangerow, Pandekten III § 583 Note 2.

Vereinigungsversuche sind von den 3 letztgenannten Schriftstellern, dahin gemacht worden, dass Heffter im Anschluss an die Glosse glaubt: Paulus rede hier von einem mit einer gesetzlichen Hypothek verbundenen Privilegium und damit den Widerspruch löst, während Puchta zugibt, dass zwar an der privilegierten Forderung der l. 58 ein Nachlass stattfinde, dass aber diesem Gläubiger — wie dem Pfandgläubiger sein Pfand — sein Privilegium bestehend in der Wahl gegen Hauptschuldner oder Bürgen zu klagen, nicht genommen werden könne. Das beneficium excussionis ist erst justinianisches Recht.

IV. Über die nach Berufung der Gläubiger zwischen diesen und den Erben nunmehr folgenden Verhandlungen unterrichten uns die l. 8—10 pr. D. de pactis (2. 14).

Selbstverständlich ist, dass der Nachlassvertrag ohne Weiteres zu stande kommt, wenn die Gläubiger ihm einstimmig beitreten; damit derselbe aber auch dann Perfektion erlange, wenn einzelne Gläubiger gegen ihn sind, muss eine gewisse Mehrheit ihn wollen. Diese bemisst sich:

1. nach der Grösse der Forderungen einschliesslich der Zinsen¹⁸;

2. wenn diese sich gleich stehen, nach der Kopfzahl der anwesenden Gläubiger, allerdings mit gewissen Modificationen;¹⁹ so sollen bloss einmal zählen diejenigen, die eine Forderung zusammen haben, z. B. Correalgläubiger oder die Vormünder eines Mündels für dessen Forderung;

3. kommt auch auf solche Weise eine Majorität nicht zu stande, dann soll unter den Gläubigern derjenige vorgehen, welcher dignitate inter eos præcellit; d. h. derjenige, welcher sich unter ihnen durch seine Würde, Rang und Stellung hervorthut, von dem man deshalb auch eine um so höhere Einsicht erwarten darf²⁰.

4. In letzter Linie soll bei durchgängiger Gleichheit die humanior sententia den Vorzug verdienen, der Prätor hat daher zu Gunsten des Nachlassvertrags zu entscheiden²¹.

Damit aber der Nachlassvertrag perfekt werde, muss, wie aus l. 23 D. 42. 8 deutlich erhellt, noch in jedem Falle das decretum prætoris hinzukommen. Hiebei liegt nun die Frage nahe: Ist der Prätor gezwungen, den Nachlassvertrag zu bestätigen, wenn die Majorität zu stande gekommen ist, oder hat er ein freies selbständiges Cognitionsrecht? Für die letztere Ansicht sprechen sich die namhaftesten Schriftsteller aus²² und gewiss mit Recht; denn jedes decretum prætoris — von einem solchen spricht die l. 23 D. 42. 8 — setzt eine causæ cognitio

¹⁸ l. 9 § 1—2 D. de pactis (2. 14).

¹⁹ Vgl. l. 9 pr. D. eod.

²⁰ Vgl. Dabelow. a. a. O. p. 286.

²¹ Vgl. l. 8 D. eod.

²² Vgl. Heffter, a. a. O. § 3 Note 28; Schmid, a. a. O. § 215 Note 71. Bayer, a. a. O. § 39 Note 8.

voraus²³. Dieselbe hat namentlich zum Gegenstand die Untersuchung, ob kein Gläubiger übervorthelt worden sei, ob der Nachlassvertrag in angemessenem Verhältniss zu den Activen der Erbschaft stehe und ob so der zu bestätigende Nachlassvertrag auch der Rechtsbilligkeit entspreche.

Erst mit der Bestätigung durch den Prätor wird der Nachlassvertrag rechtskräftig.

V. Was seine Rechtswirkungen betrifft, so sind dieselben nach 2 Richtungen hin zu betrachten:

1. Die Gläubiger verlieren ihre Forderungen gegen die Erbschaftsmasse in dem bisherigen Betrage, sie werden um den vereinbarten Nachlass reduzirt und die Erben haben nur für prompte Entrichtung der Restforderungen zu sorgen. Im Übrigen sind sie frei; von einem Nachforderungsrecht der Gläubiger, falls später neue Erbschaftsstücke aufgefunden werden, oder sonst eine Bereicherung der Erbschaftsmasse stattfindet, kann regelmässig nicht die Rede sein²⁴. Der einmal bestätigte Nachlassvertrag ist nur anfechtbar wegen Dolus²⁵ und wegen entschuldbaren Irrthums²⁶.

2. Was die Wirkung des Nachlassvertrags gegenüber den Bürgen betrifft, so ist an Hand der l. 58 § 1 D. mand. (17. 1) zu unterscheiden:

a. Hat der betreffende Gläubiger dem Nachlassvertrag beigestimmt, also die Reduction seiner Forderung gegenüber dem Hauptschuldner anerkannt, so soll auch der Bürge nicht auf mehr haften und daher die exceptio pacti haben, falls er vom Gläubiger auf die ganze Forderung beklagt wird.

b. War dies nicht der Fall, sei es, dass dieser Gläubiger ausdrücklich gegen den Nachlassvertrag stimmte, oder bei der Verhandlung nicht anwesend war, so kann er die Forderung in ihrem vollen Betrage gegen den Bürgen geltend machen. Letzterm verbleibt aber immer auf Grund des beneficium cedendarum actionum eine Regressklage gegen die Erbschaft. Denn da der Gläubiger gegen den Haupt-

²³ Vgl. l. 9 § 1 D. de off. proc. (1. 16).

²⁴ Schweppe, a. a. O. § 22; Bayer a. a. O. § 38.

²⁵ l. 7 § 9—10 D. de pactis (2. 14).

²⁶ p. arg. l. 1 § 17 i. f. D. de sep. (42. 6); Schmid, a. a. O. § 215 Note 81.

schuldner infolge des rechtskräftigen Nachlassvertrages nur die nachgelassene Forderung geltend machen kann²⁷, so kann er dem Bürgen auch nicht mehr cediren²⁸.

§ 2. Weitere Entwicklung in Italien bis zum 16. Jahrhundert.

Bei dem singulären Rechtsatz des römischen Rechts, dass dem Staate ein Zwangsrecht gegen die gegen einen Nachlassvertrag stimmende Minderheit von Gläubigern einer überschuldeten Erbschaft zustehe, blieb die weitere Rechtsentwicklung nicht stehen¹.

War die ursprüngliche ratio legis die conservatio famæ defuncti gewesen, so schienen die Glossatoren sich hiebei nicht begnügen zu wollen; sie stellten neue Rechtsgründe auf; insbesondere gibt Accursius in seiner Glosse² auch den an: ut haberent creditores quem convenirent; d. h. es sei auch im Interesse der Gläubiger möglichst bald wieder einen bestimmten Schuldner zu haben. Damit wollte er aber nicht sagen, dass nun per Analogie in allen Fällen, wo der Schuldner der Belangung seiner Gläubiger sich entziehe, die fragliche Rechtsnorm anwendbar sei. Und doch bildet diese Überlegung gerade den Ausgangspunkt der weiteren Entwicklung. Zwar sprechen sich gegen die extensive Interpretation einer solchen anomalen Rechtsvorschrift noch alle Postglossatoren aus³; doch trat hier die Doctrin der Praxis vergeblich entgegen; die nämlichen constatiren in ihren Werken⁴, dass in Italien und namentlich in den Handelstädten des Nordens

²⁷ Vgl. Heffter, a. a. O. p. 353 sub 1; Bayer, a. a. O. § 38 Note 8; Schweppe, a. a. O. § 22 Note 3; Schmid, a. a. O. § 215 Note 79, 83 und 85.

Auf die singuläre Interpretation von A. S. Schultze: Die juristischen Grundlagen des Concurses p. 123 ff. beschränken wir uns zu verweisen.

²⁸ Dies entspricht auch der Stellung des Bürgen als Creditor conditionalis.

¹ Die folgende Darstellung beruht im wesentlichen auf Fuchs: Concursverfahren, Marburg 1863 p. 81 ff.; bei dem nur kleinen Raume, den wir der historischen Entwicklung im Rahmen unseres Themas einräumen konnten, beschränken wir uns darauf, auf die dort gegebenen Citate und abgedruckten Belegstellen zu verweisen und nur solche näher zu berücksichtigen, welche sich dort nicht finden.

² Glossa vulgaris ad l. 7 § 19 D. de pactis 2. 14.

³ Baldus (1327—1400), Jason (1435—1519) beide ad l. 7 § 19 D. l. c.

⁴ Abgedruckt bei Fuchs a. a. O. p. 83 Note 2.

sich ein Gewohnheitsrecht eingebürgert habe, nach welchem der Zwangsnachlassvertrag auch stattfände gegenüber dem insolventen entflohenen Schuldner, insbesondere einem Kaufmann; ja, dass dasselbe sogar in einzelne Stadtrechte übergegangen sei⁵. Erst im Anfang des 15. Jahrhunderts fügt sich die Doctrin⁶, indem sie das Gewohnheitsrecht auf Grund der oben angeführten Bemerkung der Glosse zu rechtfertigen sucht, allerdings mit der Beschränkung, dass die Gläubiger, falls der Gemeinschuldner wieder in bessere Vermögenslage komme, das Nachgelassene mit einer *condictio ob turpem causam* zurückfordern könnten⁷. Gegen die Statthaftigkeit einer solchen *condictio* erhebt Heffter⁸ Bedenken und u. E. mit Recht, indem Voraussetzung derselben eine Vermögensübertragung (hier in Form eines Verzichts), zu dem Zwecke ist, dass der Empfänger eine unsittliche Handlung begehe oder sich zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung bestimmen lasse; eine solche ist aber in unserm Fall nicht vorhanden, wenn der Richter, d. h. die Staatsgewalt den Nachlassvertrag ausdrücklich bestätigt hat; am ehesten liesse sich von einer *condictio sine causa* sprechen, aber auch hier wäre die Construction eine etwas gezwungene.

Aus mehreren Schriftstellern und auch aus Statuten italienischer Städte lässt sich ferner ersehen, dass in einzelnen Fällen selbst die pfandgedeckten Gläubiger an den Nachlass gebunden werden

⁵ Fuchs, a. a. O. p. 83 Note 1 führt an die Statuten von Florenz, Venedig und Genua; vgl. hiezu Straccha: *tractatus de decoctoribus et conturbatoribus* (1576) pars VII Nr. 5: *tres species constituisse consilium neapolitanum et in his tribus maiori parti creditorum standum esse et sunt tales: . . . secunda species est, quando debitor aufugit adeo quod facultas non datur creditoribus ipsum conveniendi nec inveniuntur ejus bona. In qua specie si debitor vult reverti et petit sibi a creditoribus partem debiti remitti (vel dilationem ad solvendum concedi) aliter redire recusans, maiori parti creditorum stari rejecta recusatione minoris partis.*

⁶ Vgl. Fuchs a. a. O. p. 83 Note 2.

⁷ Tartagnus, ad. l. 9. D. de cond. ob. turp. c. (12. 5) Nr. 4. Si debitori qui nolebat mihi solvere remitto partem, ut mihi reliquum solvat, possim per conditionem ob turpem causam repetere id, quod remisi; Straccha a. a. O. pars VII Nr. 1, Si cum malum habeam debitorem qui solvere recuset, partem debiti remiserim, ut residuum solvat, quod remisi conditione ob turpem causam me posse repetere

⁸ Heffter, Archiv f. civ. Praxis X p. 352 Note 32.

konnten; so soll, wenn nur solche vorhanden sind und dieselben mit grosser Majorität für den Nachlass stimmen, die widersprechende Minderheit mit schlechter gestellten Sicherheiten zum Anschluss gezwungen werden können⁹. Eine solche Ausdehnung auf Grund der klaren römisch rechtlichen Theorie ist aber entschieden zu verwerfen und beweist höchstens, wie wenig sicher sich in jener Zeit selbst der pfandgedeckte Gläubiger fühlte. Die Entstehung eines Gewohnheitsrechtes, die in der Regel lange Zeit fordert, die Aufnahme desselben in einzelne Stadtrechte trotz des ausgesprochenen Widerstandes der Doctrin, die vom strengrechtlichen Standpunkte aus gewiss im Recht war, — denn ein anomaler Rechtsatz darf und soll nie extensiv, sondern nur restrictiv interpretirt werden — legt uns den Schluss nahe, dass hier jedenfalls ein Bedürfniss zur Anerkennung dieses Rechtsinstitutes in diesem Umfang vorhanden war, dass es eine fühlbare Lücke im Verkehrsleben auszufüllen vermochte. Und in der That, wenn wir uns in die geschichtlichen Verhältnisse jener Zeit zurückversetzen, wenn wir der damaligen Zersplitterung Italiens gedenken, so erschliessen sich uns auch die mannigfachen Schwierigkeiten, mit denen die Gläubiger bei Belangung ihres Schuldners zu kämpfen hatten.

Denn war in dem einen Staate die Staatsgewalt nicht einmal mächtig genug zu vollziehen, was das von ihr decretirte Gesetz gebot, so war unter den einzelnen Staatswesen von gegenseitiger Rechtshilfe noch viel weniger die Rede und die Gläubiger, deren Schuldner sich über die Landesgrenzen davon gemacht hatte, waren in einer fast hilflosen Lage. Es blieb ihnen, die ein materielles Interesse an der Rückkehr ihres entflohenen Schuldners hatten, damit er ihnen behilflich sei in der Feststellung und Auseinandersetzung seines Vermögens, nichts anderes übrig, als ihn durch Vergünstigungen zu einer solchen zu bewegen und da wäre es gewiss ungerecht gewesen, hätten dann einzelne, besonders hartnäckige Gläubiger durch ihren Widerspruch eine Verständigung mit dem Schuldner verhindern und so auch die übrigen Gläubiger materiell in ihren Interessen schädigen können. Denn es versteht sich von selbst, dass der

⁹ Fuchs, a. a. O. p. 88 Note 2 citirt Statuten von Genua; vgl. Straccha a. a. O. pars VII Nr. 13.

entflohene Schuldner nur zurückkehrte, wenn er sich gegenüber allen seinen Gläubigern sicher fühlte und nicht Gefahr lief, von einem derselben in Schuldhaft gesetzt zu werden. Das staatliche Zwangsrecht gegenüber der Minderheit der Gläubiger entsprach unter den damaligen Verhältnissen einem praktischen Bedürfniss.

So hat sich der Charakter unseres Rechtsinstituts auf italischem Boden im Laufe der Zeit ganz geändert. Ursprünglich einen singulären Erbrechtsfall erledigend, entwickelte sich im Mittelalter aus demselben ein wichtiges Verkehrsinstitut; denn nicht im internen Verkehre, sondern im Verkehre von Land zu Land, nicht unter Handwerkern, sondern unter Wechslern und Kaufleuten, nicht auf dem Lande, sondern in den blühenden Handelsstädten und Seehäfen hat es seinen Ursprung genommen.

§ 3. Reception und Entwicklung in Deutschland.

Als am Ende des 15. und im 16. Jahrhundert in Deutschland durch die Einführung des Reichskammergerichtes und der Reichskammergerichtsordnung das römische Recht, soweit es glossirt war, als subsidiäres, gemeines Recht officiell anerkannt wurde, so bürgerte sich in den meisten Staaten des damals zersplitterten und machtlosen Reichs auch die italische Praxis bezüglich des Nachlassvertrags ein; denn die Gleichartigkeit der innern politischen Verhältnisse musste hier wie dort die nämlichen Bedürfnisse hervorrufen. Fast alle Staatswesen anerkannten den Nachlassvertrag mit dem entflohenen Schuldner, nur wenige Particulargesetze behielten ihr altes Recht bei¹.

¹Fuchs a. a. O. p. 85 Note 2 citirt: Nürnberger Reformation 1564: Lübisches Recht 1586 III Art. 13; Hamburger Stadtrecht 1605; für das lübische Recht bestätigt dies uns ausdrücklich: Marquardt: Jus mercatorum 1662 pars II caput VIII, Nr. 10 ff., wo es heisst: Pactum tamen factum a majori parte creditorum mercatorum cum decoctore [quod vulgo Accordium aut Accordiren dicunt] minori parti dissentienti non nocet; et necessarium est creditores omnes in unum conveniunt et communi consensu declarent quota parte debiti sint contenti, nec non consensus serorsim et separatim præstitutus a majori parte creditorum minori obest per l. 11 D. 2. 14; so sage auch das lübische Recht: „Würde einer in Schuld vertieft, mit seinen Creditoren sich vergleichen und etliche Creditoren nicht darinnen begriffen sein wollten, so stehe denselben frei den Debitor mit Recht zu verfolgen“.

Ja Doctrin und Praxis des 16. und 17. Jahrhunderts gingen sogar noch weiter als die italische Statutargesetzgebung, sie erklärten den Nachlass für gültig bei jedem insolventen Schuldner, sei er nun flüchtig oder auch anwesend und² verwarfen auch ziemlich einstimmig jedes spätere Nachforderungsrecht der Gläubiger³. Wohl den Übergang zu dieser unbeschränkten Praxis bildete der Fall, wo dem unverschuldet verarmten Schuldner, der nicht floh, die Rechtswohlthat gewährt wurde, um ihm wieder aufzuhelfen⁴. Die Bildung eines derartigen Gewohnheitsrechts lässt sich auch begreifen in Berücksichtigung der damaligen politischen Lage Deutschlands⁵. Denn nach den schrecklichen Verheerungen und Verwüstungen des 30jährigen Krieges lag es nahe, eine mildere Behandlung der Schuldner eintreten zu lassen, deren Mehrzahl ja ohne eigenes Verschulden ins Unglück gestürzt war und ihr Vermögen eingebüsst hatte; jetzt galt es, dem verarmten Bürger zu Hilfe zu eilen, um ihn vor gänzlichem Ruin zu schützen und Staat und Praxis trafen in Ausdehnung des Nachlassvertrags auf jeden Schuldner gewiss das geeignete Mittel, um einer wirthschaftlichen Krisis so viel wie möglich vorzubeugen.

So blieb denn diese Praxis unangefochten bis ins 18. Jahrhundert hinein; von dieser Zeit an erheben sich aber mehr und mehr Stimmen in der Doctrin, die den Nachlassvertrag wieder auf den römischen Fall beschränken möchten und ihm jeden praktischen Werth absprechen, weil er den in Kraft stehenden, strengen Schuldgesetzen zuwiderlaufe. Nur einzelne Schriftsteller treten

² Carpzow, Jur. fontes II const. 22 def. 27: Creditores eam partem debiti quam „mercatori fallito aut alii debitori“ remittunt, . . . ; Brunnemann, Commentar in Pand. ad. l. 8—10 D. 2. 14 Nr. 3: Et hoc locum habet non tantum debitori mortuo sed et vivo . . . et in universa debitrice . . . et heredibus debitoris competit hoc beneficium.

³ Carpzow, a. a. O. def. 27 Nr. 2—3; Brunnemann, a. a. O. ad. l. 8—10 D. 2. 14 Nr. 16 verwirft nicht bloss die cond. ob turpem causam: ego sane non video turpitudinem aliquam in debitore inopi nisi concurrat dolus; ideoque debitor „quacumque actione“ conveniatur habet exceptionem.

⁴ Vgl. Straccha, a. a. O. pars VII Nr. 5 tertia facti species secundum Afflictis in relato loco quando debitor propter paupertatem paratus est cedere bonis nisi creditores dilationem concedant ad solvendum etc.

⁵ Vgl. die treffliche Darstellung Puchtas: Beiträge zum Concurs-Process II § 210—211.

für die eingebürgerte Praxis ein und suchen derselben eine praktische Seite abzugewinnen. Während gemeinrechtliche Autoren, wie Danz, Schweppe, Bayer⁶ übereinstimmend eine analoge Ausdehnung über den römischen Fall hinaus nicht rechtfertigen wollen, während Puchta⁷ diese Praxis als eine einseitige, und da der frühere Beweggrund längst weggefallen, sogar gedankenlose und durch falsche Billigkeitsrücksichten geleitete bezeichnet, so macht Heffter, Professor in Bonn⁸ zu Gunsten unseres Institutes folgendes geltend: „Eine Praxis sei nur bindend, wenn sie einen vernünftigen Grund habe und dieser sei auch vorhanden; denn schon im römischen Recht liege, wenn man näher zusehe, implicite eine Ausdehnung unseres Rechtsatzes vom defunctus auf den Lebenden, allerdings nur auf den heres necessarius; denn wenn das römische Recht diesem gestatte Nachlassverträge einzugehen so wolle es damit nur seine fama, nicht die des Verstorbenen retten⁹; warum sollte nun das heutige Recht diesen Satz nicht auf alle Schuldner ausdehnen dürfen? Zudem hätte die bonorum cessio, die ja ursprünglich zur Vermeidung eines Concurses eingeführt worden sei, doch einen Makel in ihrem Gefolge, durch sie werde der Schuldner ganz entblösst, während beim Nachlassvertrag nicht nur das letztere nicht der Fall, sondern zumeist auch den Gläubigern besser gedient sei“. So weit scheint uns die Argumentation Heffters ganz zutreffend zu sein. Wenn aber Heffter so weit geht zu verkünden: „humanitas sei das einzige Motiv des Gesetzes gewesen“, so verlässt er hiemit den geschichtlichen Boden; dies sagen die Quellen nicht und es lässt sich u. E. nicht leugnen, dass der eigentliche Rechtsgrund der römischen Rechtsnorm, die conservatio famae defuncti, wirklich heute weggefallen, mithin keine Veranlassung mehr vorlag, das Institut weiter auszubilden. Geschah dies doch trotz allen Widerspruchs der Rechtsgelehrten, so können wir nicht umhin gerade darin einen Beweis zu sehen der Nothwendigkeit

⁶ Danz. Summar. Processe § 166; Schweppe, a. a. O. § 19; Bayer, Theorie des Concurs-Process § 39.

⁷ Puchta, a. a. O. § 211.

⁸ Heffter, im Archiv für civil. Praxis Bd. X pag. 337 ff.

⁹ Dies trifft wohl zu für das vorjustinianische Recht, nicht aber mehr seit Einführung des beneficium abstinendi, das dem heres suus die conservatio famae durch Enthaltung ermöglichte.

des Instituts und der wohlthätigen Wirkung, die es im Verkehrsleben ausübte. Wohl eher wäre hier Aufgabe der Rechtswissenschaft gewesen an der dogmatischen Ausbildung des Instituts mit ihren Mitteln zu helfen, als sich mit Händen und Füßen gegen dasselbe zu sträuben. Über die Ausgestaltung, welche dasselbe in unserem Jahrhundert vor den einzelnen staatlichen Codificationen erfuhr, wird sich in § 4 des nähern zeigen.

§ 4. Gemeines Recht.

Aus der vorhergehenden Entwicklung ersehen wir, dass der Nachlassvertrag des gemeinen Rechts¹ nicht mehr auf dem nämlichen Rechtsgrund fusst, wie der des römischen Rechts: Der *conservatio famæ defuncti*, sondern vielmehr einen doppelten Zweck verfolgt: Einmal sollen durch ihn die Gläubiger in ihren Interessen geschützt und vor unnützen Verlusten möglichst bewahrt bleiben; denn einmal erfordert die vollständige Durchführung des gemeinrechtlichen Concursverfahrens viel Zeit und Geld, die hiedurch den Creditoren verloren gehen; dann aber soll auch der Gemeinschuldner nicht gänzlich ruinirt, von allen Mitteln entblösst und gar längere Zeit in seiner wirthschaftlichen Thätigkeit gehindert werden; dies liegt sowohl in seinem als im Interesse des Staates, der es sich muss angelegen sein lassen, die wirthschaftliche Lage seiner Bürger zu heben.

Selbstverständlich ist, dass es sich hier nur um den Zwangsnachlassvertrag handelt; denn findet eine Vereinbarung zwischen allen Gläubigern einerseits und ihrem Gemeinschuldner andererseits statt, so ist die Mitwirkung des Staats nicht mehr nöthig. Was uns desshalb hier beschäftigen wird, ist nur die Darstellung, unter welchen Voraussetzungen der Staat im gemeinen Recht einen Zwang gegen die Minderheit der Gläubiger eines Schuldners zur Anschliessung an den Nachlassvertrag ausüben darf.

¹ Die unserer Darstellung zu Grunde liegende Literatur ist die folgende: D a b e l o w, Concurs der Creditores. 1801 p. 559 ff.; D a n z, Summar. Process 1806 § 166; S c h w e p p e, System des Concurses 1824 § 19 ff.; P u c h t a, Beiträge II 1827 § 208 ff.; P f e i f f e r, Praktische Ausführungen III Nr. 1, IV Nr. 3, VIII Nr. 3; H e f f t e r, A. f. civil. P. X p. 337 ff.; B a y e r, Theorie des Concurses 1836 § 38 ff.; S c h m i d, Civil-Process Handbuch 1845 Bd. 3 p. 268 ff.; F u c h s, Concurs Verfahren 1863 p. 85 ff.

I. Zeit und Ort des Nachlassvertrags.

Der Nachlassvertrag und das ihm vorausgehende Verfahren kann erfolgen:

1. vor dem Concurse, d. h. nach gemeinem Recht vor dem gerichtlichen Concurseröffnungsbeschluss [*decretum de aperiundo concursu*], mithin vor oder auch während des präparatorischen (Vorbereitungs) Verfahrens. Ziel desselben ist in diesem Falle Umgehung des Concurses überhaupt, sowohl seiner vermögensrechtlichen wie persönlichen Wirkungen.

2. nach eröffnetem Concurse, so lange das Collocationsurtheil noch nicht in Rechtskraft getreten ist, mit dem Charakter eines den Concurs aufhebenden Instituts.

Das gemeine Concursverfahren zerfiel nämlich in 4 Stadien:

a) Das präparatorische Verfahren behufs Feststellung der Concursvoraussetzungen, dasselbe endet mit dem *decretum de aperiundo* oder *de non. ap. concursu*.

b) Das Liquidationsverfahren, das Feststellung der Zahl der Gläubiger und des Betrags ihrer Forderungen zur Aufgabe hat.

c) Das Collocationsverfahren, welches Rang und Reihenfolge der Gläubiger bestimmt.

d) Das Distributionsverfahren, in welchem auf Grund des Collocationsdecrets die Befriedigung der Gläubiger erfolgt. Nun ist es klar, dass, wenn der Nachlassvertrag gleichmässige Befriedigung der Gläubiger zum Zwecke haben soll, Verhandlungen über denselben so lange angebracht werden können, als thatsächlich die Gläubiger noch nicht befriedigt worden sind. Dieser Zeitraum endigt aber mit dem Moment der Rechtskraft des Collocations- oder Prioritätserkenntnisses².

3. Handelt es sich um den ursprünglichen, römischen Fall der überschuldeten Erbschaft, so können Nachlassverhandlungen gepflogen werden vom Moment des Todes des Erblassers an bis zum Antritt des freiwilligen oder zur Immixtion des nothwendigen Erben.

² A. M. ist J. H. Böhmer: *De pacto remissorio in concursu*; V exerc. 89, welcher Nachlassverhandlungen nur bis zur Locationssentenz anbringen lassen will; Dabelow, a. a. O. p. 568 lässt sie noch nach dem Prioritätserkenntniss zu; dagegen erhebt Schweppe a. a. O. § 20 Bedenken und ihm stimmen alle späteren Schriftsteller bei.

Der Ort, an welchem die Nachlassverhandlungen geführt werden, ist das erstinstanzliche Gericht des Domicils des Gemeinschuldners (resp. des Erblassers)

a) selbstverständlich nach eröffnetem Conkurs als forum concursus

b) wohl aber auch vorher; dies folgt, wie Heffter u. E. richtig ausführt, sowohl aus der Analogie des Concursprocesses, als auch aus Opportunitätsgründen; denn eine unnöthige Complication entstände, wenn ein jeder Gläubiger bezüglich seiner Forderung bloss an seinem Gerichtsstande ins Recht gefasst werden könnte; endlich kann auch geltend gemacht werden, dass jedem Nachlassvertrag eine provocatio ad liquidandum zu Grunde liege und dass gemeinrechtlich bei allen Provocationen³ der Gerichtsstand des Provocanten und nicht des Provocaten competent ist. Im Falle der überschuldeten Erbschaft sind die Verhandlungen am Domicil des Erblassers zu eröffnen.

Hieran schliesst sich nun zunächst die Frage, wer in der bezeichneten Zeit und am bezeichneten Orte provociren und wer provocirt werden dürfe.

II. Die am Nachlassvertrag betheiligten Parteien.

Um gültig zu sein, müssen die Nachlassverhandlungen geführt werden vor dem competenten Gericht zwischen den Gläubigern und ihrem Gemeinschuldner. Des nähern ist hiezu Folgendes zu bemerken.

Provocationsberechtigt ist:

1. Der Gemeinschuldner immer, vor wie nach Concurseröffnung, sofern nur in seiner Person folgende Voraussetzungen zutreffen:

a) er muss dispositionsfähig sein; sonst müssen die Verhandlungen durch einen bevollmächtigten Stellvertreter geführt werden

b) er muss insolvent, überschuldet sein; denn so lange der Gemeinschuldner solvent ist, mithin seine Gläubiger voll befriedigen könnte, wäre ein staatliches Zwangsrecht gegenüber den

³ Z. B. provocatio ex lege si contendat, od. ex lege diffamari.

dem Nachlassvertrag widersprechenden Gläubigern höchst ungerechtfertigt⁴.

c) Die Insolvenz muss unverschuldet sein; dieses Erforderniss verlangen die meisten gemeinrechtlichen Autoren⁵; sie leiten dasselbe aus der Analogie der *bonorum cessio* ab; denn werde schon bei letzterer als einer Rechtswohlthat unverschuldete Insolvenz erfordert, um so eher müsse sie beim Nachlassvertrag vorhanden sein⁶.

Das Gericht prüft über das Vorhandensein dieser Voraussetzungen; fehlt eine derselben, so kann der Nachlassvertrag nicht erlangt werden und ein schon zu stande gebrachter wäre für die Gläubiger unverbindlich.

2. im Falle einer insolventen Erbschaft die freien Erben, solange sie nicht angetreten, und die Notherben, so lange sie vom *beneficium abstinendi* keinen Gebrauch gemacht haben.

Nicht im technischen Sinn provocationsberechtigt sind die Gläubiger und das Gericht; wohl aber können dieselben während des Concursverfahrens die Initiative zu einem Nachlassvertrag ergreifen.

Provocirt, d. h. an einen eventuell zu stande kommenden Nachlass gebunden sind alle Gläubiger mit Ausnahme der Hypothekar- und Faustpfandgläubiger; auch solche, deren Deckung sich nachher als illusorisch erweist⁷; es sei denn, dass sie auf ihr Pfandrecht verzichtet haben; insbesondere sind also an den Nachlass gebunden auch privilegierte Gläubiger und solche, die sich überhaupt von der Masse lossagen wollten, um später Befriedigung zu erlangen; die letztern darum, weil sich sonst kein Gemeinschuldner zum Nachlassvertrag herbeiliess. Zweck der Provocation ist aber die Herbeiführung eines Vergleiches und dies führt uns zum

⁴ Schweppe, a. a. O. § 19 bemerkt mit Recht, dass, damit Grund zum Zwangsnachlass vorhanden sei, die Majorität durch den Widerspruch der Minorität einen Vorthail verlieren müsse; eine blosse Liberalität der Majorität könne die Minorität niemals binden.

⁵ Schmid, Heffter und Bayer.

⁶ A. M. ist Pfeiffer, a. a. O. III § 1 sub. 4: bei der *cessio bon.* handle es sich bloss um das Interesse des Schuldners, hier aber auch um das der Gläubiger; derselbe VIII p. 126; ferner Fuchs, a. a. O. p. 90 Note 5.

⁷ Mit Recht bemerkt Pfeiffer, a. a. O. III p. 14—15: die früheren Theorien seien schon darum verwerflich, weil die pfandgedeckten Gläubiger als Aussonderungsberechtigte kein rechtliches Interesse an der Abwendung des Concurses hätten.

III. Inhalt des Nachlassvertrags.

Sein charakteristisches Merkmal ist Erlass am Betrage der Forderung im Gegensatz zur Stundung, die nur zeitweisen Verzicht der Geltendmachung des Forderungsanspruchs involvirt. Aber dieser Erlass am Betrage muss sein:

1. ein gleichförmiger, denn hiedurch soll sich gerade der Nachlassvertrag kennzeichnen; alle an ihn gebundenen Gläubiger sollen gleich behandelt werden, es sei denn, dass eine ungleiche Behandlung mit Zustimmung aller Gläubiger vorgenommen werde und zwar wird der Erlass regelmässig in Procenten berechnet.

2. ein angemessener⁸; dies kann nur der Erlass einer Quote der Forderung sein; aber auch hier sollen Activen und Passiven zu einander in einem Verhältniss stehen, das dem Zweck des Nachlasses entspricht: der Schuldner soll sich bei demselben nicht bereichern; den Gläubigern soll möglichst viel geboten, dem Gemeinschuldner nicht Alles entzogen werden; ob dies der Fall ist, prüft das Gericht nach freiem Ermessen in Berücksichtigung der concreten Umstände und unter Anhörung der in der Versammlung anwesenden Gläubiger.

Der Erlass des Ganzen widerspricht nicht nur dem Interesse der Gläubiger, sondern ebenso sehr dem Begriff des Vergleichs, der im gemeinen Recht unserm Institute zu Grunde liegt; an einen solchen wäre die Minorität nicht gebunden⁹.

IV. Vorbereitung des Abschlusses.

Hat der Gemeinschuldner, resp. die eventuellen Erben einer überschuldeten Erbschaft die Provocation gehörig angebracht, hat sich auch das Gericht über die in ihrer Person verlangten Erfordernisse und die Richtigkeit des von ihnen zu diesem Behufe vorgelegten status bonorum, sowie die Angemessenheit ihrer Vorschläge überzeugt, so erfolgt nun die gerichtliche Ladung der Gläubiger zur Liquidation ihrer Forderungen und Beschlussnahme über den Vorschlag. Hier gehen die gemeinrechtlichen

⁸ Vgl. Pfeiffer, a. a. O. VIII p. 127.

⁹ Falsch ist es jedenfalls die obige Ansicht so zu begründen: Niemand könne zum Schenken genöthigt werden; denn thatsächlich, was ist theilweiser Nachlass an einer Forderung anderes als Schenkung einer Quote? Vgl. Puchta, a. a. O.

Schriftsteller in ihren Darstellungen sehr auseinander. In erster Linie ist streitig, ob alle Gläubiger, also auch die pfandgedeckten, zusammenberufen werden und Stimme haben sollen oder nur alle Chirographargläubiger. Letzterer Ansicht, welcher Schweppe, Heffter und Fuchs ¹⁰ huldigen, ist beizupflichten; denn es läge eine Verletzung der Rechtsgleichheit darin, dass die pfandgedeckten Gläubiger nicht an den Nachlass gebunden, wohl aber bei der Beschlussfassung Stimme hätten ¹¹. Die Ladung erfolgt an alle diese Gläubiger ¹²; an die bekannten genügt eine einmalige, unter dem Präjudiz, dass die betreffenden Gläubiger im Falle ihres Nichterscheins, als der Meinung der Majorität beitreten angesehen werden. Was die Ladung der unbekannten Gläubiger durch Edictalcitation anbetrifft, so lässt sich diese Frage jedenfalls nicht aus dem römischen Rechte entscheiden ¹³. Heffter bezeichnet sie als räthlich, insbesondere zur Feststellung der Passivmasse. Der Natur der Sache nach verdient sie darum den Vorzug, weil jedem Gläubiger, an dessen Forderung der Nachlassvertrag eine Änderung hervorrufen kann, doch Gelegenheit gegeben werden muss an Berathung und Beschlussfassung über denselben theilzunehmen. Ausbleiben der edictaliter geladenen unbekannten Gläubiger bewirkt nach der herrschenden Ansicht Ausschliessung von der Masse, während Fuchs auch hier (natürlich bloss für den Fall des Nachlassvertrags vor Concurseröffnung) das Präjudiz der Zustimmung zur Mehrheit aufstellt ¹⁴; der erstere Rechtsnachtheil sei der Praxis fremd. Doch wäre es u. E. un-

¹⁰ Schweppe, a. a. O. § 19; Heffter, a. a. O. § 3; Fuchs, a. a. O. § 14 b.

¹¹ A. M. sind Bayer, a. a. O. § 39; Puchta, § 212, indem sie wesentlich darauf abstellen, dass aller Anwesenheit die Berathung befördere; ganz vereinzelt Schmid, a. a. O. § 215, der ihnen Stimmrecht gegen accordmässigen Abzug verstatten will.

¹² Pfeiffer, a. a. O. p. 7 will nur die bekannten Gläubiger einladen und hält eine Edictalcitation an die unbekannten Gläubiger für überflüssig; doch steht er mit dieser Ansicht allein da.

¹³ Bayer, a. a. O. § 39 Note 6.

¹⁴ Bayer, a. a. O. § 39 bemerkt, dass man Bedenken trage solche Citationen ausser im Falle schon anerkannten Concurses anzuwenden und desshalb die Nachlassverhandlungen vorzugsweise im Concursprocess erst eingeleitet werden; denn dort erfolge der Contumacialantrag des Contradictors gegen die ausgebliebenen Gläubiger, sowie der Präclusivbescheid des Richters gegen dieselben alsbald nach Schluss des Termins.

gerecht, wenn die unbekannten Gläubiger bei den Nachlassverhandlungen vor und im Concourse nicht gleich behandelt würden, ihr Ausbleiben das eine Mal Zustimmung zur Majorität, das andere Mal aber Ausschliessung von der Masse bedeuten sollte und wir pflichten desshalb der herrschenden Meinung bei. —

In der nun auf Grund der Ladung erfolgenden Versammlung findet zuerst die Liquidation der Forderungen behufs Feststellung der Passivmasse statt, um danach die nöthige Majorität, wie auch die Angemessenheit des Vorschlags festzustellen. Das Geständnis des Gemeinschuldners genügt zur Anerkennung ihres Forderungsrechts; gegenseitiges Anerkenntniss der Forderungen unter den Gläubigern ist nicht nöthig. Doch können sie sowohl die *exceptio creditorum fraudatorum* geltend machen, als auch Einwendungen gegen das Vorhandensein der objectiven Voraussetzungen und gegen die Angemessenheit des Vorschlags erheben; der Richter entscheidet hierüber. Jedenfalls können die Gläubiger über solche Fragen nicht abstimmen, da nach l. 7 § 19 D. de pactis (2.14) ihr Stimmrecht sich beschränkt auf: „*quota parte debiti contenti sunt*“. — Hierauf kann übergegangen werden zur

V. Abstimmung.

Damit der Nachlassvertrag auch die widersprechenden Gläubiger binde, muss eine bestimmte Majorität ihn wollen, aber nicht die einfache Majorität, sondern die qualificirte des römischen Rechts mit der einzigen Massgabe, dass gemeinrechtlich die Würde, „*dignitas*“ einzelner Gläubiger keinen Einfluss mehr hat¹⁵. In erster Linie also einfache Majorität der Forderungssummen, sie lässt sich berechnen aus den liquiden vom Gemeinschuldner anerkannten Forderungen aller anwesenden und bekannt abwesenden Gläubiger, bei welchen letztern nach obiger Ausführung immer Zustimmung zur Majorität präsumirt wird, sei nun letztere für oder gegen den Nachlassvertrag¹⁶; dann die Mehrzahl der Gläubiger; in dritter Linie die *humanior sententia*. Endlich muss zum Majoritätsbeschluss noch hinzukommen:

¹⁵ So alle Schriftsteller seit Dabelow, a. a. O. p. 559.

¹⁶ Falsch ist die Ansicht von Danz, a. a. O. § 166, wonach die Einwilligung der Abwesenden nicht vermuthet werden könne und der Nachlassvertrag daher verworfen sei, falls sie allein oder mit den dissentirenden Gläubigern zusammen die Mehrheit der Forderungen representirten.

VI. Die richterliche Bestätigung und Mitwirkung.

Sie ist Bedingung der Verbindungskraft des Nachlassvertrags für die nicht einwilligenden Gläubiger¹⁷. Weit davon entfernt auch bei vorhandener Majorität überflüssig zu sein, bildet sie ein nothwendiges Glied des ganzen Institutes und ist in ihrem Wesen wohl begründet. Gestattet der Staat den Zwang einer Mehrheit gegen eine Minderheit, die zusammen in keinem Gemeinheitsverhältnisse stehen, in dem Majorität massgebend ist, aus dem Motive, dass dies unter gegebenen Voraussetzungen das wahre Interesse aller Gläubiger sei, so legt ihm dieses Recht zugleich auch die Pflicht auf, dafür zu sorgen, dass bei dessen Ausübung die Minorität vor Beeinträchtigung geschützt und kein Missbrauch mit diesem anomalen Rechtsatz getrieben werde. Die Erfüllung dieser Pflicht ermöglicht er sich durch Vorbehalt des richterlichen Bestätigungsrechts. Gegenstand der richterlichen Cognition wird daher sein: Prüfung der formellen Richtigkeit von Beschlussfassung und Abstimmung; Prüfung, ob ihr Resultat auch wirklich allen betheiligten Gläubigern einen Vortheil biete; ob für letztere ein gleichförmig geltender Masstab vorhanden sei; Verhütung von Collusion zwischen dem Gemeinschuldner und einzelnen Gläubigern. Hiemit erledigt sich nun auch die Frage, ob die richterliche Bestätigung immer nöthig sei oder bloss, wenn keine entscheidende Majorität zu stande gekommen sei. U. E. folgt deren jedesmalige Nothwendigkeit aus der ihr oben gegebenen Begründung; es ist freie richterliche causæ cognitio, die jedem Decret vorausgehen soll¹⁸.

Zu erörtern bleibt nur noch der Fall, wenn sich bei der Abstimmung mehr als 2 Meinungen gebildet haben; welche ist dann massgebend, wie ist die Majorität zu berechnen? Heffter sieht den Nachlassvertrag für diesen Fall für verworfen an; Schmid dagegen geht von dem Gesichtspunkt aus, dass jeder Gläubiger, der für einen grössern Abzug stimme, implicite auch mit einem kleinern einverstanden sei und berechnet so die Majorität. Diese Ansicht scheint uns die richtigere zu sein; sie

¹⁷ Pfeiffer, a. a. O. III § 1 p. 6.

¹⁸ Ebenso: Heffter, a. a. O. § 3; Schweppe, a. a. O. § 20; Bayer, a. a. O. § 39; Schmid, a. a. O. § 215 Note 71; a. M. sind Danz, a. a. O. § 166; Puchta, § 212 sub. 5; Fuchs, a. a. O. § 14 e.

ist die naturgemässere; sollten sich bei einer solchen Feststellung des Resultates noch Missverhältnisse und Benachtheiligungen ergeben, so bleibt ja dem Richter immer noch das Recht, den Nachlassvertrag zu verwerfen.

Letzterer wird nun auf Grund der richterlichen Cognition bestätigt oder verworfen, der Nachlass im erstern Fall durch das richterliche Decret festgestellt und zugleich die Verbindlichkeit desselben gegen die nicht Beistimmenden ausgesprochen. Gegen den Ausspruch des Richters stehen den Interessirten die gewöhnlichen Rechtsmittel zu ¹⁹.

VII. Wirkungen des Nachlassvertrags.

Sobald das den Nachlassvertrag bestätigende richterliche Decret in Rechtskraft erwachsen ist, so treten auch die Rechtswirkungen desselben ein. Vor allem werden die Forderungen der einzelnen Gläubiger auf den vereinbarten Betrag: die accordmässige Quote herabgesetzt und der Gemeinschuldner (resp. die Erben) ist nun verpflichtet, den Gläubigern die verabredeten Procente zu entrichten. Dieselben dürfen sich zu ihrer Sicherheit schon vorher in der Versammlung Deckung geben lassen, ja sie können von einer solchen überhaupt die Genehmigung des Nachlassvertrags abhängig machen. Geschah dies jedoch nicht und findet nun keine pünktliche Execution und Tilgung der restirenden Schulden an die Gläubiger statt, so ist anzunehmen, dass dieselben nicht mehr an den Nachlassvertrag gebunden seien ²⁰; denn dadurch würde ja gerade der eine der Zwecke des Nachlassvertrags: „alsbaldige Befriedigung der Gläubiger“ nicht erreicht werden. U. E. nimmt Fuchs ²¹ mit Recht eine stillschweigende Bedingung in pünktlicher Execution an.

Von den nachgelassenen Procenten ist der Gemeinschuldner ganz frei, nicht nur im Augenblick des Nachlassvertrags und einem bestimmten darauf folgenden Zeitraum, sondern überhaupt

¹⁹ Fuchs, a. a. O. § 14 f.

²⁰ Dies liegt in der rechtlichen Natur des Instituts, nicht im Vertragscharakter; denn bei letzterem berechtigt ja in der Regel das Unterbleiben der Erfüllung des einen Kontrahenten nur den Andern zum Anspruch auf Erfüllung, nicht aber zum Abstehen von demselben. Pfeiffer, a. a. O. III p. 8 sub. 3.

²¹ Fuchs, a. a. O. § 14 g.

und dies mit Recht; denn es handelt sich hier nicht um eine Combination von Nachlass und Stundung, sondern um den reinen Zwangsnachlassvertrag. Diese Ansicht, die nun allgemein getheilt wird, ist nur allmählig die herrschende geworden; noch Danz und Schweppe²² gestatten ein Nachforderungsrecht bei späterer „beträchtlicher Verbesserung der Vermögensumstände“ des Gemeinschuldners, der erstere unbeschränkt, der letztere nur gegenüber Gläubigern, die dem Nachlassvertrag nicht zugestimmt hatten²³. Selbstverständlich kann aber ein solcher mit einem dahin zielenden Vorbehalt abgeschlossen werden²⁴. Auch den Erben des einen Nachlassvertrag abgeschlossen habenden Gemeinschuldners kommt derselbe zu gute, sobald er in Rechtskraft erwachsen ist; stirbt aber der Gemeinschuldner während den Verhandlungen, so werden dieselben entweder von den event. Erben fortgeführt werden müssen — der ursprüngliche römische Fall tritt ein — oder sie werden fallen gelassen. Dagegen kann sich der Bürge des Gemeinschuldners auf den Nachlass nur mit Erfolg berufen, wenn der Gläubiger, für dessen Forderung er Sicherheit geleistet hat, dem Nachlassvertrage beistimmte; so die herrschende Ansicht und gewiss mit Recht. Denn die Wirkung des Nachlassvertrags diesem Gläubiger gegenüber ist nur die, dass er den Gemeinschuldner auf nicht mehr als das accordmässige Quantum belangen kann; nicht aber, dass ihm seine Klage auf das Ganze gegen den ihm Sicherheit gewährenden Bürgen genommen sein soll; ob er aber auf diese thatsächlich verzichte, d. h. ob er den Bürgen auf das Ganze oder bloss die bleibende Quote belangen wolle, liegt in seinem Ermessen. Das Letztere ist aber anzunehmen, wenn er dem Nachlassvertrag zustimmte; denn dann anerkannte er die Reduction seiner Forderung durch den Nachlassvertrag. Der Bürge aber haftet nur im Betrage der

²² Danz, a. a. O. § 166 i.; Schweppe, a. a. O. § 22.

²³ Vgl. Anmerkung von Gönner zu Danz § 166 Note m; ein solcher Vorbehalt ist schon verwerflich wegen der Unbestimmtheit und Subjectivität der Bedingung; wann ist ein solcher Zeitmoment als eingetreten zu betrachten? Pfeiffer, a. a. O. III § 3.

²⁴ Pfeiffer, a. a. O. p. 23 behauptet: es genüge, wenn die Majorität einen solchen Vorbehalt wolle; u. E. mit Unrecht: derartiges Stimmrecht ist in den Quellen nicht begründet und müssen deshalb alle Gläubiger dafür sein, wenn der Vorbehalt binden soll.

Hauptschuld. Immer aber hat er als creditor conditionalis die Regressklage gegen den Hauptschuldner im Betrage der nachgelassenen Forderung. Gemeinrechtlich bleibt also dem Gläubiger, der dem Nachlassvertrag nicht zustimmte oder abwesend war, die Klage auf das Ganze gegen den Bürgen resp. auf die nachgelassene Quote, wenn er vom Bürgen auf Grund der exceptio excussionis zuerst auf den Hauptschuldner verwiesen worden ist.

VIII. Anfechtung des Nachlassvertrags.

Der einmal rechtskräftige Nachlassvertrag kann nachträglich angefochten werden aus folgenden Gründen:

- 1) Betrug: Dieser kann namentlich liegen:
 - a. in unrichtiger Aufstellung des Vermögensverzeichnisses, status bonorum; Übertreibung der Passiven oder Verheimlichung oder Unterschätzung von Activen;
 - b. Collusion mit Gläubigern, z. B.: Anerkennung erdichteter Schulden. Hier kann der Gläubiger seine Forderung trotz des Nachlassvertrags in ihrem alten vollen Betrage geltend machen und gegen den Gemeinschuldner, welcher die exceptio pacti einwendet, die replicatio doli oder replicatio creditorum fraudatorum erheben.
- 2) entschuldbarer Irrthum²⁵.
- 3) nicht aber wegen Läsion nach allgemeinen Rechtsprincipien, noch gar wegen lāsio enormis, deren Platz einzig in der Lehre vom Kauf ist²⁶.

§ 5. Die modernen Gesetzgebungen.

Nachdem wir die Entwicklung unseres Instituts bis in unser Jahrhundert hinein verfolgt haben, erübrigt uns noch einen Blick auf die modernen Codificationen zu werfen, und es lohnt sich dies um so mehr der Mühe, als wir hier auf eine höchst eigenthümliche Erscheinung treffen. Wenige der neuern Gesetze sind nämlich auf der historisch gegebenen Basis stehen geblieben, sondern haben, dem Vorgange des preussischen Concursgesetzes von 1855 folgend, einen Nachlassvertrag nur noch nach eröff-

²⁵ Vgl. Note 26 zu § 1.

²⁶ Dabelow, a. a. O. p. 574 ff.; Schweppe, a. a. O. § 23.

netem Concurs als ein den Letztern aufhebendes Rechtsinstitut statthaft erklärt, so dass wir in der heutigen Gesetzgebung 2 Gruppen unterscheiden können: Staaten, die bloss den Nachlassvertrag im Concurs und solche, die ihn auch ausser, d. h. vor dem Concurs anerkennen.

A. Staaten, welche den Nachlassvertrag bloss
im Concurs kennen.

I. Ausland. Dahin gehört ausser der schon erwähnten preussischen Concursordnung von 1855 vor allem die R. C. O. von 1877; die zu derselben gedruckten Motive begründen ausführlich die Abweichung dieses Gesetzes vom gemeinen Recht; ferner Frankreich bis 1889, endlich Italien und Schweden.¹

II. Schweiz. Die Mehrzahl unserer kantonalen Gesetze kennen nur den Nachlassvertrag im Concurs, nämlich: Zürich (Gesetz betreffend Concursverfahren 29. X. 1871, und vorher im P. G. B. § 1019), Luzern, Uri (Fallimentsordnung 7. IV. 1854), Obwalden, Glarus, Baselstadt (Gesetz über Betreibung und Concurs 8. II. 1875), Baselland, Schaffhausen, Appenzell A-Rh. und I-Rh., St. Gallen, Graubünden, Thurgau und Waadt². Bern, Schwyz, Nidwalden, Zug, Freiburg, Solothurn, Tessin und Wallis kennen ihn überhaupt nicht³.

B. Staaten, die den Nachlassvertrag *in und ausser*
Concurs kennen.

I. Ausland. Das älteste Gesetz mit einem Nachlassvertrag ausser Concurs besass wohl England⁴; es datirte dasselbe aus dem Jahr 1825, mithin der Regierungszeit Georg IV.; allein derselbe findet sich daselbst in noch unentwickelten Formen; denn die demselben nicht zustimmenden Gläubiger behielten ihre ganze Forderung gegen den Gemeinschuldner bei. Immerhin wurde das Institut auch in die Gesetze von 1849, 1861 und

¹ Vgl. Rehous, Faillite des Non Commerçants, 1882. p. 77 und 84.

² Vgl. Schlatter, Rechtskalender 1883 p. 127, 198, 228, 296, 313, 411, 432, 468, 482, 513, 538, 598, 654.

³ Vgl. Schlatter, a. a. O. p. 257, 332, 375, 673.

⁴ Vgl. Ch. Lyon Caën: La loi anglaise sur la faillite, Imprimerie nationale Paris 1888.

1869 aufgenommen und figurirt in dem heute geltenden Gesetze, den Bankruptcy Acts vom 25. III. 1883 im art. 18—19 unter dem Titel: Arrangement and Composition without bankruptcy. Voraussetzung desselben ist ein von einer qualificirten Gläubigermehrheit in 2 verschiedenen Versammlungen angenommener und hierauf vom Gericht bestätigter Vergleichsvorschlag des Schuldners, gleichgültig, ob er Kaufmann sei oder nicht. Nach den Berichten der höchsten Aufsichtsbehörde des Board of Trade im Jahre 1887 soll derselbe zu strengen Formen unterworfen sein, so dass die Private Arrangements wieder im Wachsthum begriffen wären.

Neben England besitzt Östreich-Ungarn⁵ seit dem Jahre 1859 ein Nachlassgesetz zur Vermeidung des Concurses, ferner auch Spanien, Portugal und die Niederlande⁶.

In neuerer Zeit hat auch Belgien⁷ im Jahre 1883 ein diesbezügliches Gesetz eingeführt, dessen Dauer, ursprünglich auf 2 Jahre angesetzt, seither verlängert worden ist. Dasselbe, ein Theil des code de commerce belge, gewährt den Nachlassvertrag aber nur dem unglücklichen und gutgläubigen Kaufmann⁸. Es ist dasselbe insofern für uns von Bedeutung, als es von unserm Gesetzgeber zu Rathe gezogen worden ist.

Dem Vorgange Belgiens ist nun auch Frankreich gefolgt, indem es unterm 5. März 1889 ein Gesetz erlassen hat, betitelt: Loi française sur le bénéfice de la liquidation judiciaire; es ermöglicht dieselbe nur den Kaufleuten.

II. Schweiz. Hier sind es nur 2 Kantone der welschen Schweiz, welche sich mit dem Institut eines Nachlassvertrags ausser Concurs näher vertraut gemacht haben, nämlich:

1. Genf, welches sein Gesetz vom 7. VIII. 1877, betitelt: Loi genevoise sur les sursis concordataires, durch ein neues vom 2. X. 1880 gleichen Namens ersetzt hat; dann

⁵ Rehfous, a. a. O. p. 85.

⁶ Rehfous, a. a. O. p. 85.

⁷ Loi relative au concordat préventif de la faillite 29. VI. 1883.

⁸ Vgl. Art. 1: Le débiteur commerçant pourra éviter la déclaration de faillite, s'il obtient

Art. 2. al. 4: L'homologation ne sera accordée qu'en faveur du débiteur malheureux et de bonne foi.

2. Neuenburg, welches nach dem Vorbilde Genfs am 20. XI. 1885 ebenfalls ein Gesetz: „Loi sur les sursis concordataires“ eingeführt hat.

Beide Gesetze gewähren den Rechtsvortheil der Sursis concordataires nur dem Handelsstande und weichen, wie auch das belgische Gesetz, insofern noch vom gemeinen Rechte ab, als sie mit dem vom Schuldner zu erlangenden Nachlassvertrag noch eine Stundungsfrist verbinden, die zur Abklärung der Situation des Schuldners dienen soll.

Diese beiden Gesetze nun bildeten den Ausgangspunkt⁹ für das im neuen schweizerischen Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Concurs in Tit. XI aufgenommene Institut des Nachlassvertrags ausser Concurs, dessen Darstellung Aufgabe dieser Schrift ist.

⁹ Vgl. Botschaft des BR. 6. IV. 1886 p. 54.



II. Theil:

Der Nachlassvertrag ausser Conkurs

nach dem

schweizerischen Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Conkurs.

II. Theil.

Der Nachlassvertrag ausser Conkurs

nach dem

schweizerischen Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Conkurs.

Einleitung.

Die Disposition, die dem zweiten Theile zu Grunde liegt, ergibt sich aus dem Umfang des zu behandelnden Themas von selbst. Es ist hier nämlich zu erörtern:

1. Ob unser Gesetzgeber mit Recht in das System des schweizerischen Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Conkurs das Rechtsinstitut des Nachlassvertrags ausser Conkurs eingeführt habe und welche zu berücksichtigenden Interessen ihn dazu haben veranlassen können; eine Frage, welche sich nicht umgehen lässt angesichts des Rechtszustandes, wie er sich aus dem vorigen Paragraphen für die Schweiz sowohl wie für das Ausland ergab (§ 6).

2. Die Art und Weise, wie unser Gesetz diese Interessen zu verwirklichen sucht, das heisst die Gestaltung des Nachlassvertrags nach dem Bundesgesetz, an deren Darstellung sich noch die Frage der juristischen Natur unseres Institutes knüpfen wird (§ 7—17).

3. Ob nach den positiven Vorschriften unseres Gesetzes der Nachlassvertrag auch wirklich den von ihm zu befriedigenden Interessen Genüge leiste (§ 19).

§ 6. Die Existenzberechtigung des Nachlassvertrags ausser Concurs.

Die Frage der Existenzberechtigung des Nachlassvertrags ausser Concurs kann nicht allgemein und mit Anwendbarkeit auf die Rechtszustände aller Staaten beantwortet werden. Darauf weist schon die oben § 5 angeführte Thatsache hin, dass eine ganze Reihe grösserer und kleinerer Staaten den Nachlassvertrag ausser Concurs nicht nur nicht bei sich eingeführt, sondern zum Theil sogar abgeschafft haben. Der Grund dieser Verschiedenheit lässt sich auf den innern Zusammenhang unseres Institutes mit der Schuldexecution zurückführen. Wenn es irgendwo zur Sprache kommt, so geschieht dies in Verbindung mit der Regelung jener und zwar als ein Rechtsinstitut, welches, wie dies deutlich genug aus der geschichtlichen Entwicklung hervorgeht, dazu berufen ist, gewissen Schuldnern eine Milderung der Schuldexecution und den Gläubigern eine vortheilhaftere Befriedigung zu gewähren; dies sind die dem Nachlassvertrag gegenüber der regelmässigen Schuldexecution eigenthümlichen Vorzüge. Für den Gesetzgeber irgend eines Landes wird desshalb die oben aufgeworfene Frage der Existenzberechtigung sich so stellen: Ist gegenüber der in meinem Gesetzentwurf enthaltenen Gestaltung der Schuldexecution ein Nachlassvertrag nicht überflüssig, weil dieselbe schon zur Genüge jene Vortheile des Nachlassvertrags enthält? Die allgemeine Beantwortung der Frage muss sich desshalb auf den noch sehr vagen Satz beschränken, dass mit der Strenge der Schuldexecution die Wünschbarkeit und das Bedürfniss nach einem Nachlassvertrag, um jene zu vermeiden, wachse. Die Strenge der Schuldexecution wiederum, bestehe dieselbe nun im Concurs- oder Pfändungsverfahren, hängt im wesentlichen ab von den von ihr ausgehenden Wirkungen auf Vermögen und Person des Schuldners und diese sind nun namentlich bezüglich des letztern Punktes fast überall verschieden geregelt.

Wenn daher z. B. die Motive zur R. C. O. den Nachlassvertrag ausser Concurs verwerfen¹, so lassen sich die von ihnen angeführten Gründe nicht ohne weiteres auf unser Bundesgesetz übertragen; denn die Rechtsverhältnisse, von denen ihre Aus-

¹ Vgl. Deutscher Reichstag, Actenstück zu Nr. 200, p. 1550 ff. Berlin 1875

föhrungen ausgehen, sind andere in Deutschland als wie bei uns. Dennoch sind sie als ein Beitrag zur Lösung unserer Aufgabe, welche nur in der Frage der Existenzberechtigung des Nachlassvertrags nach schweizerischem Gesetz besteht, für uns von Interesse und lohnt es sich die Gründe kennen zu lernen, die den Gesetzgeber unseres grossen Nachbarlandes zu diesem Schritte veranlasst haben.

Vergegenwärtigen wir uns desshalb kurz den durch die R. C. O. in Deutschland geschaffenen Rechtszustand. Nach derselben unterliegt jeder zahlungsunfähige Schuldner dem Concursverfahren, welches zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller persönlichen Gläubiger dient, die einen zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründeten Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner haben; mit diesem Momente verliert letzterer das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über sein Vermögen; hingegen kann er während des Verfahrens seinen Gläubigern einen Vergleichsvorschlag machen, welcher, wenn angenommen, den Concurs aufhebt (Zwangsvergleich). An den Concurs an sich knüpfen sich keine öffentlich rechtlichen Folgen, wohl aber kann jeder Concurstit von Amts wegen strafrechtlich verfolgt werden, wenn er sich gewisse strafbare Handlungen hat zu Schulden kommen lassen. (Einfacher und betrügerlicher Bankrott etc.)².

In Anbetracht dieses Rechtszustandes verwerfen die Motive zur R. C. O. den Nachlassvertrag ausser Concurs, weil er „theils überflüssig, theils unzulässig“ sei und argumentiren in der Hauptsache so:

1. Der Nachlassvertrag ist überflüssig, weil er dem zahlungsunfähigen Schuldner keine Vortheile vor dem Concurse gewähren könne. Denn um ihn mit Zwangswirkung gegen die widersprechenden Gläubiger ausstatten zu dürfen, müsse gerichtliche Prüfung und gerichtliche Feststellung der Activen und Passiven des Schuldners stattfinden, eine solche bedinge aber wiederum Verlust seines Verwaltungsrechts; es wäre also ungefähr das nämliche Verfahren wie im Concurs erforderlich. Was den Vorzug eines Vergleichs anbetreffe, so sei ja auch dem Concurstit die Möglichkeit eines solchen durch den Zwangsvergleich nach der Concurseröffnung gewahrt,

² Vgl. R. C. O. Art. 2, 5, 160, 209—211.

und da der Conkurs keine öffentlich rechtlichen Folgen hätte, so sei der Schuldner nicht auf ein solches Verfahren angewiesen, um seine Ehre zu retten. Ein Nachlassvertrag ausser Conkurs mit jenen für die Zwangswirkung nothwendigen Voraussetzungen wäre desshalb nur dem Worte, nicht der Sache nach etwas anderes als Conkurs; denn in letzterm sei ja von ehrenrührigen Folgen keine Rede, die Vergleichsmöglichkeit vorhanden und mit der Vermögensfeststellung nur eine andere Behörde betraut.

2. Der Nachlassvertrag ist unzulässig, weil, sofern dessen Vorzug und Unterschied nur in einer schnelleren und darum weniger gründlichen Vermögensfeststellung, die nicht Verlust des Verwaltungsrechts des Gemeinschuldners bedinge, bestehe, ihm keine Zwangswirkung mehr beigelegt werden dürfe; denn hiedurch seien den überstimmten Gläubigern keine genügenden Garantien für Wahrung ihrer Interessen geleistet. Sobald man aber auf die Zwangswirkung verzichte, sobald daher der Schuldner nur noch durch freie Zustimmung aller seiner Gläubiger einen Vergleich erzielen könne, so bedürfe es keines amtlichen Verfahrens mehr. So die Motive zur R. C. O.

Wie weit treffen nun ihre Argumente für unser Gesetz zu? Wie weit lassen sie sich auf den durch unser Bundesgesetz geschaffenen Rechtszustand anwenden? Unser BG. kennt, anders als die R. C. O., eine doppelte Betreibung: je nach der Person des Schuldners auf Pfändung oder Conkurs, in welchem letzterm Verfahren jener auch analog den meisten Gesetzen einen Nachlassvertrag beantragen kann; ferner ist es der Kompetenz der Kantone überlassen unter Verbehalt der bundesgesetzlichen Bestimmungen über die politischen Rechte der Schweizerbürger (BV. Art. 66) die öffentlich rechtlichen Folgen der fruchtlosen Pfändung und des Concurses festzustellen³, sei es, dass sie solche, wie bis anhin einzelne Gesetze nur bei verschuldetem Vermögensruin (z. B. Zürich), sei es, dass sie dieselben immer wollen eintreten lassen⁴ (z. B. Bern). Bei uns liegen also die Verhältnisse ganz anders als in Deutschland. Würde unser Gesetz bloss den Nachlassvertrag im Conkurs gestatten, so

³ Vgl. BG. Art. 39, 317, 26 al. 1.

⁴ Dass diese Folgen die nämlichen sein müssen bei Conkurs und fruchtloser Pfändung, ist auf Grund des Art. 60 der BV. anzunehmen.

wäre derselbe von vornherein einer sehr grossen Classe von Schuldnern unzugänglich gemacht, nämlich allen denjenigen, welche nicht der Concursbetreibung unterliegen, ein höchst beachtenswerther Punkt, wenn man bedenkt, dass von ca. 580000 Bürgern nur ungefähr 30000 im Handelsregister eingetragen, mithin allen übrigen 550000 jede Möglichkeit eines Nachlassvertrags überhaupt abgeschnitten wäre⁵. Nun hat man hier allerdings den Einwand zu gewärtigen, dass der Nachlassvertrag bloss für die Erstern einen praktischen Werth habe; darauf weise schon genügend die Thatsache hin, dass die Gesetze, welche dem unsrigen als Muster gedient haben: Belgien, Genf und Neuenburg jenes Institut bloss zu Gunsten der Handelsleute eingeführt hätten. Dieser Einwand muss desshalb an dieser Stelle seine Widerlegung finden.

Wenn unser Gesetz, wie wir später sehen werden, in Art. 293 den Satz aufstellt, dass jeder Schuldner die Rechtswohlthat des Nachlassvertrags ausser Concurs erlangen könne, so geschieht dies nicht darum, weil demselben der Unterschied zwischen Kaufmann und Nicht-Kaufmann unbekannt wäre. Denn auf dieser schon durch das S. O. R. 865 eingeführten Unterscheidung beruht ja gerade der so viel erörterte Dualismus unseres Gesetzes zwischen Betreibung auf Concurs oder Pfändung, respective Pfandverwerthung. Unsere Gesetzgeber müssen also andere Gründe gehabt haben, die sie zur Ausdehnung dieses Rechtsinstituts auch auf Nicht-Kaufleute veranlasst haben. Dieselben sind auch aus den Verhandlungen der ständeräthlichen Commission zu ersehen⁶. Wohl ist es richtig, dass der Nachlassvertrag seiner ganzen geschichtlichen Entwicklung nach die Aufgabe hatte, den Schuldner vor dem Concurs zu retten, dass er daher überflüssig erscheinen möchte, wo dieser nicht mehr vorkommt. Allein hiegegen ist folgendes geltend zu machen. Der Concurs ist in letzter Linie als nichts anderes als eine Erscheinungsform des finanziellen Ruins auf dem Boden des Rechts aufzufassen, und vor letzterm zu schützen ist die wirthschaftliche Zweckbestimmung des Nachlassvertrags, sei es nun, dass dieser Ruin in Form des Concurses oder des fruchtlosen Pfändungsverfahrens zu

⁵ Vgl. Protokoll der Ständeraths-Commission (P. St. C.) p. 45.

⁶ P. St. C. Principielle Berathung p. 7.

Tage tritt, wobei immer noch zu berücksichtigen ist, dass das in unser BG. aufgenommene Institut der Anschlusspfändung in That und Wahrheit einen kleinen, einen Partialconkurs bewirkt⁷.

Zudem sprechen für die Ausdehnung noch zwei weitere Gründe. Nach dem Willen unseres Gesetzgebers sollte in unserm Gesetz der Unterschied zwischen Kaufmann und Nichtkaufmann nur soweit gezogen werden, als es innere Gründe gebieten; solche scheinen aber hier nicht vorzuliegen. Dann aber will das Gesetz und gewiss mit Recht den Nachlassvertrag als ein beneficium, als eine Rechtswohlthat⁸ aufgefasst wissen, als solche muss er jedem Bürger ohne Unterschied zugänglich sein. Jener Einwand, die Ausdehnung des Nachlassvertrags auch auf Personen, die im Handelsregister nicht eingetragen sind, habe keinen Sinn, ist deshalb ungerechtfertigt und dieselbe im Gegentheil principiell zu begrüßen, wenn auch vielleicht in praxi der von dem der Concursbetreibung unterliegenden Schuldner vorgeschlagene Nachlassvertrag der häufigere Fall sein wird.

Des fernern musste der Gesetzgeber voraussehen, dass manche Kantone an ihren Traditionen festhaltend jedem Concurs und daher auch jeder fruchtlosen Pfändung ehrenrührige Folgen beilegen werden, dass deshalb von denselben jeder zahlungsunfähige Schuldner werde betroffen werden, gleichgültig, welches die Ursache seiner Verschuldung sei.

Aus diesen Ausführungen erhellt, dass, wenn vorhin die deutschen Motive den Nachlassvertrag ausser Concurs verwarfen, theils wegen der jedem Schuldner im Concurs gewährten Möglichkeit eines Vergleichs, theils weil der Reichsconkurs keine öffentlich rechtlichen Wirkungen habe, gerade bezüglich dieser beiden Punkte nach dem System unseres BG. die umgekehrten Verhältnisse vorliegen, dass deshalb die Argumente der Motive direct gänzlich unanwendbar sind, ja dass sie uns eher a contrario zu dem Schlusse veranlassen, zu sagen: Angesichts unserer schweizerischen Verhältnisse und auf Grund derselben hätte der deutsche Gesetzgeber wohl eher den Nachlassvertrag ausser Concurs befürwortet. Verwerfen endlich die deutschen Motive

⁷ Vgl. Bachmann: Grundzüge des Entwurfs des BG. p. 27.

⁸ Vgl. Art. 293.

dieses Institut in letzter Linie aus dem Grunde, weil dasselbe, um mit Zwangswirkung versehen zu werden, auf gerichtlicher Vermögensfeststellung beruhen müsse, mithin ein ebenso strenges, fast gleiches Verfahren, wie der Conkurs erfordere, so scheint unser Gesetzgeber diesen Grund nicht gebilligt zu haben, ob mit Recht werden wir erst später sehen⁹. Dieser Punkt betrifft u. E. überhaupt weniger die Frage von dessen Existenzberechtigung als von dessen Organisation.

Das scheinbar negative Resultat, welches wir so aus der Vergleichung des durch die R. C. O. und des durch das schweizerische BG. geschaffenen Rechtszustandes ziehen können, ist dennoch für uns ein positives, insofern aus der Nichtanwendbarkeit der Argumente der deutschen Motive auf unsern Rechtszustand infolge seiner gegensätzlichen Natur die Wünschbarkeit des Nachlassvertrags ausser Conkurs für unser Gesetz hervorgeht und wir in den obigen Ausführungen zugleich zwei Momente gefunden haben, die für die schweizerischen Verhältnisse zu dessen Gunsten sprechen. Es sind dies:

1. Die einzige Möglichkeit einen Vergleich allen Bürgern zugänglich zu machen.

2. Das einzige Mittel, um den zahlungsunfähigen Schuldner vor den öffentlich rechtlichen Folgen des Concurses und der fruchtlosen Pfändung sicher zu retten, wo dies recht und billig erscheint, und dies ist dann der Fall, wenn der Schuldner an seinem finanziellen Ruin keine Schuld trägt, wenn sich derselbe vielmehr als Folge unberechenbarer Verhältnisse darstellt¹⁰; hier soll den unglücklichen Mann nicht neben dem Vermögensverlust noch derjenige seiner bürgerlichen Stellung treffen. Diesen Gedanken haben die meisten neuern Gesetze, welche den Nachlassvertrag

⁹ Vgl. § 17.

¹⁰ Vgl. Rapport du Conseil d'Etat au grand Conseil Neuchâtelois bezüglich dieses Gesetzes, in welchem der unglückliche Schuldner treffend, wie folgt, beschrieben ist; p. 2: „Débiteurs qui travaillant loyalement dans les conditions normales qu'on peut exiger d'un négociant sont néanmoins victimes du mauvais état des affaires, de quelqueune de ces crises soudaines, écrasantes pour ceux qui les subissent, des pertes résultant de faillites ou de longs chômages aux pays lointains ou de la nécessité de réaliser à l'étranger des stocks de marchandises pour éviter une dépréciation encore plus grande, opération qui s'impose souvent etc.“

ausser Concurs kennen, Rechnung getragen. So lautet der Art. 2 al. 4 des belgischen Gesetzes: *L'homologation ne sera accordée qu'en faveur du débiteur malheureux et de bonne foi*, und dieselbe Idee fand ihren Ausdruck in den Gesetzen von Genf und Neuenburg. Den nämlichen Gesichtspunkt enthält auch das neue französische Gesetz sur la liquidation judiciaire ¹¹. Es ist deshalb zu begrüßen, dass auch unser Gesetzgeber diese Auffassung theilte, indem er sie durch die an die Erlangung des Nachlassvertrags geknüpften Voraussetzungen zu verwirklichen suchte ¹².

Zu diesen beiden Momenten gesellt sich aber noch ein Drittes hinzu, welches, wie die beiden obigen, uns den Nachlassvertrag ausser Concurs als im Interesse des Schuldners erscheinen lassen. Dieses 3. Moment finden wir in der den B. R. Entwurf vom 28. II. 86 begleitenden Botschaft pag. 56 so ausgedrückt: „Es soll durch das Gesetz dem bedrängten ehrlichen Bürger die in der Einreichung des Concordates ¹³ liegende Rechtshilfe schon vor der Auspfändung oder dem Concurs gewährt werden und nicht erst, wenn die Catastrophe eingetreten ist“. Dies sei der Grundgedanke des ganzen Instituts. Mit Recht sieht der B. R. im Concurs und in der fruchtlosen Pfändung eine Catastrophe für den Schuldner; denn sie bedeuten den gänzlichen finanziellen Ruin desselben, den Zusammenbruch seiner ganzen öconomischen Existenz, den Verlust jeglichen Credits, das heisst des Mittels, das im heutigen Verkehrsleben die weitaus grösste Rolle spielt, die Eröffnung eines zeitraubenden und den Rest des schuldnerischen Vermögens noch aufzehrenden Verfahrens.

Und mit Recht bemerkt Rehous pag. 79: *La faillite poussée à ses dernières limites rend improductif un capital à l'acquisition duquel le débiteur a consacré beaucoup de peine et peut-être*

¹¹ Vgl. Rapport de la Commission à la chambre des Députés p. 50: „La réforme que nous vous proposons, consiste surtout en ceci que la cessation des paiements n'entraînera pas nécessairement la faillite et que le débiteur de bonne foi pourra l'éviter en demandant le bénéfice de la liquidation judiciaire.“

¹² Vgl. B. R. Botschaft vom 6. IV. 1886 p. 55—56.

¹³ Den Namen Concordat hatte der B. R. in seinem Entwurf vorgeschlagen; an seine Stelle wurde von der St. C. der dann auch beibehaltene Name Nachlassvertrag gestellt. P. St. C. p. 43.

beaucoup d'argent. Je veux dire sa clientèle, son expérience des affaires, ses frais de premier établissement, tout cela n'entre pas en ligne de compte, si la liquidation forcée suit son cours.

Auch der Rapport der Commission für das Genfer-Gesetz theilt diesen Standpunkt und sieht im Conkurs un brusque arrêt dans les opérations du débiteur, der eben darum viel Schaden anrichten kann. Zudem ist nicht zu vergessen, dass die Verwandten und Freunde des zahlungsunfähigen Schuldners, welche Zutrauen in seine Geschäftsroutine haben, sich, sofern er möglichst bald wieder an die Spitze seines Geschäfts gestellt wird, viel eher zu Opfern verstehen werden, als wenn der Conkurs schon öffentlich erklärt und der letzte Gegenstand dem Schuldner ausgepfändet worden ist¹⁴. Das Wesentliche dieses 3. Moments besteht also darin, dass durch die Vermeidung der Catastrophe das Vermögen des Schuldners weniger Entwerthung erfährt, woran er natürlich das grösste Interesse hat. —

Und eng verwoben mit diesem letztern Interesse und das gleiche Ziel verfolgend ist dasjenige der Gläubiger an möglichst vollständiger Befriedigung. Denn die Nachtheile des Unterbruchs der Geschäftsbeziehungen des Schuldners, des Stillstandes seines Gewerbes treffen auch die Gläubiger, indem sie die Möglichkeit eines für sie günstigen Abkommens schwächen¹⁵. Warum sollte man nicht dem unglücklichen ehrlichen Schuldner ein solches möglich machen, wenn dasselbe dazu angethan ist, auch die Lage der Gläubiger zu verbessern? Wenn man daher bedenkt, dass, solange der Schuldner nicht im Amtsblatt steht wegen Conkurs oder fruchtloser Pfändung, sein Credit auch nicht ganz verloren, seine öconomische Thätigkeit auch nicht gänzlich gehindert ist und er seines Vermögens auch noch nicht entsetzt ist, so wird man den Nachlassvertrag ausser Conkurs als im Interesse der Gläubiger mit Freuden begrüssen und zwar nicht nur, weil durch ihn die Catastrophe vermieden werden kann, sondern auch noch in einer andern Richtung, der der Privatabmachungen, der aussergerichtlichen Vergleiche. Mit der Möglichkeit eines amtlichen Vergleichsverfahrens ist zu

¹⁴ Rapport français à l. ch. des Dep. betont diesen Punkt p. 22; ferner P. St. C. p. 9.

¹⁵ Dr. C. Hoffmann St. R., Vortrag über das BG. btr. S. und C. p. 21.

hoffen, dass auch jene mannigfaltigen betrügerischen Accorde ¹⁶, jene gesetzwidrigen Sonderabmachungen, bei denen regelmässig der gutmüthige Gläubiger geprellt wird, fallen werden. Denn kein Gläubiger wird mehr ein wahres Interesse haben auf Privatweg mit dem Schuldner abzumachen, wenn ihm eine solche unter amtlicher Leitung die Sicherheit eines günstigen Resultates gewährt.

Zu dem oben entwickelten Interesse der Gläubiger einerseits und des Schuldners andererseits an dem Institut eines Nachlassvertrags ausser Concurs tritt in dritter Linie endlich noch hinzu das staatliche Interesse, die unverschuldeten Fallimente möglichst zu verhindern ¹⁷. Es ist dasselbe sowohl ethischer, wie socialpolitischer Natur; ethischer Natur, insofern es Aufgabe des Staates ist, der Vernichtung des sittlichen Selbstbewusstseins jedes Angehörigen des Staatsverbandes, wie sie so leicht durch gänzliche Mittellosigkeit und durch Arbeitslosigkeit herbeigeführt wird, mittelst des ihm zu Gebote stehenden Machtmittels: dem Gesetz vorzubeugen ¹⁸; socialpolitischer Natur, insofern speciell nach eingetretener Catastrophe dem Betroffenen die Fortsetzung oder Wiederaufnahme seiner wirthschaftlichen Thätigkeit ungleich schwerer fallen wird, und insofern überhaupt das Gemeinwesen auf das lebhafteste interessirt ist, dass die Verkehrsstockungen möglichst beseitigt werden, die durch jeden Concurs herbeigeführt werden und die nie auf die Person des einen Schuldners beschränkt bleiben, sondern oft in unabsehbar weite Kreise eingreifen ¹⁹.

Mit den obigen Ausführungen glauben wir nun ziemlich alle Verhältnisse berührt zu haben, die bei der Existenzberechtigungsfrage des Nachlassvertrags ausser Concurs berücksichtigt zu werden verdienen, und ergibt sich uns aus denselben als Resultat, dass der Nachlassvertrag ausser Concurs in dem durch unser Bundesgesetz über Schuldbetreibung und

¹⁶ Vgl. Neue Zürcher Zeitung 16. XI. 1889 „Zum 17. November“ VI.

¹⁷ Vgl. P. St. C. p. 9.; die Motive zur R. C. O. verneinen ein solches p. 1537.

¹⁸ Diesen Gedanken drückt die B. R. Botschaft vom 6. IV. 1886 p. 55 so aus: „Denn Concurs und fruchtlose Pfändung benimmt dem Schuldner in den meisten Fällen die Lust zum weiteren Arbeiten“.

¹⁹ Schultze, a. a. O. p. 118 bez. Zwangsvergleich.

Concurs für die Schweiz geschaffenen System eine berechnigte Stellung einnimmt, indem er geeignet ist, drei verschiedene und berechnigte Interessen zu befriedigen:

1) das des Staates an möglicher Verkehrshebung und wirtschaftlichem Wohlstand;

2) das der Gläubiger an best möglicher Befriedigung;

3) das des unglücklichen Schuldners an möglicher Schonung sowohl seines Vermögens, wie seiner öffentlich rechtlichen Persönlichkeit.

Wenn dennoch gegenüber unserm Institute in den gesetzgebenden Räten, wie in den Commissionen vielfach Widerspruch an den Tag gelegt wurde, so geschah dies meistens nicht darum, dass man die Berechnigung dieser Interessen verkannt hätte, sondern weil man bezüglich der Möglichkeit und Art ihrer rechtlichen Verwirklichung vielfach Bedenken hatte²⁰. Allen in dieser Beziehung gemachten Einwänden ist an dieser Stelle nur so viel zu entgegnen, dass sie nicht die Existenzberechnigung, sondern vielmehr die Gestaltung des Nachlassvertrags betreffen, daher von uns später bei dessen näheren Betrachtung zu erledigen sind. Denn scharf müssen die beiden Fragen auseinander gehalten werden, ob ein Nachlassvertrag ausser Concurs in unserm Gesetze eine einem Bedürfniss entsprechende Stelle einnehme, und aus welchen Interessen dieses Bedürfniss entspringe, was der Gegenstand dieses Paragraphen war, und ob derselbe in seiner nunmehrigen Organisation auch jene befriedigt habe, eine Frage, die wir erst in letzter Linie nach Betrachtung des Gesetzes selbst zu beantworten versuchen werden (§ 18).

Nachdem nunmehr die Existenzberechnigung dieses Instituts principiell nachgewiesen ist, so wird es unsere nächste Aufgabe sein die Art und Weise, wie man die den Nachlassvertrag ausser Concurs rechtfertigenden Interessen zu befriedigen suchte, mit andern Worten die Gestaltung desselben einer eingehenden Betrachtung zu unterziehen.

Die folgende Darstellung zerfällt naturgemäss in zwei Haupttheile:

1) Das präparatorische Nachlassverfahren § 7—8,

²⁰ Vgl. namentlich P. St. C. p. 9—10, p. 44.

2) Das eigentliche Nachlassverfahren § 9—16,
an welche sich im 3. Capitel die Frage der rechtlichen Natur
des Nachlassvertrags und seiner praktischen Bedeutung an-
schliessen wird § 17—18.

1. Kapitel:

Das präparatorische Nachlassverfahren.

§ 7. Das Nachlassbegehren.

Das Nachlassverfahren wird durch ein vom Schuldner der
zuständigen Behörde eingereichtes Gesuch, dessen Inhalt gesetz-
lich bestimmt ist, das sogenannte Nachlassbegehren, eingeleitet¹.

I. Das Nachlassbegehren muss vom Schuldner eingereicht
werden. Der Sinn dieser Vorschrift ist folgender: Es liegt in
der Natur des Nachlassvertrags² als einer Rechtswohlthat
— und als solche will ihn ja das Gesetz aufgefasst wissen, —
dass auch nur derjenige, welchem sie zu gute kommen soll, sich
um dieselbe bewerben kann. Darum sind weder Gläubiger noch
sonstige Dritte zur Eingabe des Nachlassbegehrens berechtigt.

Doch will das Gesetz u. E. nicht die Intervention eines
Dritten zu Gunsten des Schuldners verbieten; denn die Zu-
lässigkeit einer solchen verlangt das Interesse der Gläubiger;
aber dieselbe darf, wie wir eben sahen, keine unmittelbare sein,
sondern nur eine mittelbare in der Art und Weise, dass der
Schuldner in dem von ihm eingereichten Nachlassbegehren die
von dem Dritten ihm versprochene Hilfe urkundlich nachweist,
so dass der Letztere den Gläubigern gegenüber nicht als
directer Contrahent erscheint, sondern vielmehr die Stelle eines
Mitschuldners oder Bürgen für die Vollziehung des Nachlass-
vertrags einnimmt. Dies ist auch die Auffassung, welcher die
deutsche Theorie beim Zwangsvergleich der R. C. O. huldigt³.

¹ Art. 293.

² In Folgendem verstehen wir unter „Nachlassvertrag“ immer den Nach-
lassvertrag ausser Concurs, während, wo vom Nachlassvertrag im Concurs
die Rede sein wird, dies ausdrücklich hervorgehoben werden wird.

³ Vgl. Motive p. 1534; Endemann, Concursverfahren p. 592; v. Völdern-
dorff, Commentar zur R. C. O. II p. 461.

Die Regel, dass nur der Schuldner das Nachlassbegehren einreichen kann, wird daher nicht durchbrochen.

Ist derselbe eine physische Person, so ist, je nachdem sie Handlungsfähigkeit besitzt oder nicht, zur Einreichung des Nachlassbegehrens legitimirt: im ersten Fall der Schuldner selbst, im zweiten Fall sein gesetzlicher Vormund.

Geht aber das Nachlassbegehren von einer unter die Titel XXIII—XXVII S. O. R. fallenden Gesellschaft aus, so muss unterschieden werden:

1) Für die einfache Gesellschaft ist ein Nachlassvertrag ausser Concurs unmöglich; denn sie ist kein selbständiges Rechts-subject; die Rechte und Verbindlichkeiten, welche in derselben ihren Grund haben, sind nicht Rechte und Verbindlichkeiten der Gesellschaft als solcher, sondern vielmehr der einzelnen Gesellschafter und es kann daher auch nicht von einer Überschuldung der Gesellschaft als solcher, sondern nur von der der Gesellschafter im Rechtssinn gesprochen werden. Nur die Letztern⁴, nicht die einfache Gesellschaft als solche kann ein Nachlassbegehren einreichen.

2) Für die Collectivgesellschaft, die das S. O. R. als quasi juristische Persönlichkeit auffasst, ergibt sich aus Art. 553 Ziff. 4 in Verbindung mit Art. 559—560, dass zur Einreichung des Nachlassbegehrens die zur Vertretung der Gesellschaft befugten Personen berechtigt sind; dies ist aber jeder einzelne Gesellschafter, sofern das Handelsregister keine entgegenstehenden Bestimmungen enthält.

3) Für die Commanditgesellschaft resultirt aus den Art. 592 al. 3, 597 und 598 dasselbe Ergebniss, wie sub. 2. Enthält daher das Handelsregister keine entgegenstehenden Bestimmungen, so sind zur Eingabe des Nachlassbegehrens berechtigt die unbeschränkt haftenden Gesellschafter.

4) Die Actiengesellschaft bedarf näherer Erörterung. Schwierigkeit macht hier Art. 657 al. 2 S. O. R., wonach die Verwaltung derselben, sobald die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht mehr durch die Activen gedeckt sind, hievon

⁴ Ist der Nachlassvertrag ausser Concurs des einfachen Gesellschafter's Auflösungsgrund für die einfache Gesellschaft? Die Frage ist nach dem Wortlaut des Art. 545 S. O. R. zu verneinen.

das Gericht behufs Eröffnung des Concurres zu benachrichtigen hat, während Art. 293 des BG. als Regel aufstellt, dass jeder Schuldner einen Nachlassvertrag erlangen könne und dieser wiederum ohne Überschuldung nicht denkbar sei. Lässt sich dieser Widerspruch heben? Es ist dies eine Interpretationsfrage, deren Lösung wir versuchen werden. Zwei Auslegungsgrundsätze lassen sich auf die beiden Artikel anwenden, nur schade, dass sie zu entgegengesetzten Resultaten führen; nach dem Satze: *lex posterior derogat priori* ergäbe sich, dass die Regel des Art. 293 unbeschränkt gilt; aus dem Satze, dass die *lex specialis* der *lex generalis* vorgehe — und eine solche *lex specialis* enthält doch Art. 657 al. 2 — folgt, dass unsere Regel bei den Actiengesellschaften eine Ausnahme erleide. In den Protocollen der gesetzgebenden Räthe und Commissionen findet sich aber kein Aufschluss über diesen Punkt und man könnte fast zu der Vermuthung verleitet werden, dass man denselben übersehen habe. Zu einer befriedigenden Lösung der Frage gelangen wir u. E. dann, wenn wir auf die oben bei der Existenzberechtigung des Nachlassvertrags entwickelten Grundsätze zurückgreifen, und da sehen wir, dass alle jene Interessen, die unsern Gesetzgeber zur Aufnahme dieses Instituts in das Gesetz veranlasst haben, mit einer einzigen Ausnahme (Vermeidung der öffentlich rechtlichen Folgen) bei der Actiengesellschaft wohl ebenso sehr wie beim gewöhnlichen Schuldner berücksichtigt zu werden verdienen.

Es scheint uns desshalb nicht gerechtfertigt, eine Ausnahme bei der Actiengesellschaft zu machen. Es sprechen hiefür noch zwei weitere Gründe: Einmal gibt Art. 657 al. 3 dem Gericht einen gewissen Spielraum, indem es dasselbe nicht verpflichtet zur sofortigen Concurseröffnung, verpflichtet ist nur die Gesellschaft zur Anzeige behufs eventueller Concurseröffnung⁵; dann aber lässt sich auch aus dem Stillschweigen der gesetzgebenden Behörden schliessen, dass sie eben keine Ausnahme machen wollten. So vertreten wir denn die Ansicht, dass auch die Actien-

⁵ Art. 657 al. 3 müsste desshalb bei einer Revision des S. O. R. in dem Sinn abgeändert werden, dass hinter dem Wort „Curators“ etwa der Satz eingeschoben würde: „od. wenn die Actiengesellschaft ein Nachlassbegehren einzureichen beabsichtigt“.

gesellschaft trotz des Wortlautes des Art. 657 al. 2—3 berechtigt sei, einen Nachlassvertrag zu erlangen^{6 u. 7.}

Nach Art. 651 des S. O. R. ist daher das Nachlassbegehren nur gültig, wenn dasselbe von sämtlichen Mitgliedern der Verwaltung, sofern die Statuten über die Vertretung nicht etwas anderes darüber bestimmen, unterzeichnet ist.

5) Was für die Actiengesellschaft, gilt auch für die Genossenschaft nach dem ähnlichen Wortlaut des Art. 704 S. O. R. Zur Gültigkeit des Nachlassbegehrens ist nach Art. 697 S. O. R. erforderlich, dass, sofern die Statuten nicht etwas anderes bestimmen, dasselbe von allen Mitgliedern des Vorstands beziehungsweise deren Stellvertreter gezeichnet ist.

II. Das Nachlassbegehren muss an die zuständige Behörde gerichtet sein. Die Kantone haben dieselbe zu bezeichnen und dem Bundesrathe zur Kenntniss zu bringen, letzterer sorgt für angemessene Bekanntmachung derselben. Diese Behörden, die der deutsche Text als Nachlassbehörde bezeichnet, die aber im französischen und italienischen Text einfach *autorité*, beziehungsweise *autorità* heissen, können sowohl gerichtliche als administrative sein^{8.} Zeerleder pag. 19⁹ bemerkt, dass als Nachlassbehörde nur eine ständige gerichtliche Behörde dienlich sei und dies wäre naturgemäss der Gerichtspräsident. Dieser Ansicht ist gewiss beizupflichten, weil dies nicht nur der historischen Entwicklung entspricht, sondern weil es auch der Einfachheit

⁶ Art. 439 des französischen Gesetzes gestattet die *liquidation judiciaire* ausdrücklich auch einer *société anonyme*.

⁷ Fragwürdig bleibt unsere Behauptung immer noch bez. Eisenbahngesellschaften. Ist Letztern durch das BG. über Verpfändung und Zwangsliquidation der Eisenbahnen vom 24. VI. 1874 nicht schlechthin der Nachlassvertrag ausser Concurs unzugänglich gemacht? Aus Art. 30 des Schuldbetreibungsgesetzes kann dies nicht unbedingt gefolgert werden; denn dieser Artikel schliesst die Anwendung des Gesetzes u. E. nur für die Zwangsliquidation der Eisenbahnen aus, während der Nachlassvertrag ausser Concurs eine solche nicht ist. Wohl aber spricht dafür, dass das citirte Zwangsliquidationsgesetz nicht einmal den Nachlassvertrag im Concurs kennt und der Gesetzgeber daher wahrscheinlich dieses Institut überhaupt für die Eisenbahngesellschaften als unthunlich erachtete.

⁸ Vgl. BG. Art. 23 und 28.

⁹ Vgl. Zeerleder: BG. über Schuldbetreibung und Concurs. Zeitschrift des Berner Juristen-Vereins 1889 Heft 3.

wegen wünschbar erscheint, dass ein und dieselbe Behörde über das Nachlassbegehren und über Concurseröffnung sprechen dürfe.

Den Kantonen ist freigestellt 2 Instanzen zu errichten; ob dies aber von praktischem Werthe sei, wagen wir zu bezweifeln; viel eher wäre als 2. Instanz eine eidgenössische Behörde zu begrüßen gewesen¹⁰, die für die einheitliche Anwendung dieses Gesetztitels in der ganzen Schweiz gebürgt hätte. Eine solche ist aber in unserm Gesetze nicht vorgesehen und darf jedenfalls nicht aus Art. 19 gefolgert werden, weil dort „Aufsichtsbehörde“ die ganz bestimmte technische Bezeichnung für diejenige Behörde ist, welche die Verrichtungen der Betreibungs- und Concursämter zu überwachen hat; vgl. Art. 13.

III. Das Nachlassbegehren muss alle gesetzlichen Erfordernisse enthalten. Dahin gehören nach Art. 293:

1) der Entwurf eines Nachlassvertrags; es genügt also nicht der blosse Antrag zum Nachlassverfahren, sondern es muss ein positiver Vorschlag im Nachlassbegehren vorhanden sein; beide, der Antrag zum Nachlassverfahren und der Entwurf des Nachlassvertrags, sind also auseinander zu halten; der zweite bildet einen gesetzlichen Bestandtheil des ersten. Dieses Erforderniss ist trotz dem Gegenvorschlage der nationalrätlichen Commission, die sich mit der blossen Anzeige des Schuldners, dass er einen Nachlassvertrag beabsichtige, begnügen wollte, beibehalten worden, und wohl mit Recht, weil gerade aus der Vergleichung der vom Schuldner entworfenen und der später angenommenen Bedingungen des Nachlassvertrags ersichtlich sein wird, ob der Schuldner dabei bona fide gehandelt habe.

Er muss daher den Entwurf zu einem Nachlassvertrag einreichen. Es ist hier aber zum Voraus zu bemerken, dass das Wort „Vertrag“ nicht zu sehr zu betonen ist; ob wirklich unser Institut die rechtliche Natur eines Vertrags habe, darauf werden wir später zurückkommen. Hier ist für uns wesentlich das „Nachlassen“, d. h. das Erlassen eines Theils einer Forderung; nach dem Geist unseres Gesetzes ist also der Entwurf eines Nachlassvertrags das Anerbieten des Schuldners, einer gewissen Classe von Gläubigern statt der ganzen je einen Theil ihrer Forderung zu tilgen gegen endgültigen Er-

¹⁰ Anderer Ansicht Zeerleder, a. a. O. p. 19.

lass des Restbetrages; der Vorschlag des Schuldners soll das Verhältniss zwischen dem zu befriedigenden und dem nicht zu befriedigenden Theile enthalten. Nothwendig ist nicht die Angabe der Sicherstellung des zu bezahlenden Theils. Regelmässig wird das Verhältniss in Procenten ausgedrückt. Ausgeschlossen nach dem Wortlaut unseres Gesetzes ist daher ein Entwurf, der sofortige Vollzahlung¹¹ anbietet, — in einem solchen Falle wird es nie eines amtlichen Verfahrens bedürfen — und gerade aus diesem Umstande geht hervor, dass der Nachlassvertrag zur stillen, im Gesetz, weil selbstverständlich, nicht erwähnten Voraussetzung die Überschuldung des Schuldners hat; nur in diesem Falle will der Gesetzgeber den Nachlassvertrag zulassen.

Der Begriff unseres Nachlassvertrags ist desshalb inhaltlich ein anderer als der Begriff des Zwangsvergleichs der R. C. O., unter welchen Nachlass oder Stundung oder beide combinirt fallen¹². Diesem Entwurfe ist beizulegen:

2) eine Bilanz, aus welcher seine Vermögenslage ersichtlich ist. Mit diesem Nachsatz will der Gesetzgeber offenbar das Minimum von Aufschlüssen bezeichnen, welches die betreffende Bilanz geben soll, damit man aus ihr einen Überblick über die finanzielle Lage des Schuldners gewinnen kann. Hiezu ist aber nur absolut nothwendig einerseits ein Inventar über die Activen, andererseits die Angabe der Gläubiger mit der Höhe ihrer Forderungen. Der französische Text unseres Gesetzes scheint uns eher zu weit zu gehen, wenn er vom Schuldner verlangt un bilan détaillé. Dieses Erforderniss, welches sich übrigens auch in den Gesetzen von Belgien, Genf und Neuchâtel findet, bildet gewissermassen die nothwendige Ergänzung und Begründung der im Entwurf des Nachlassvertrags gemachten Vorschläge.

¹¹ Zweifelhaft kann die Frage in folgendem Fall sein: Der Schuldner bietet zwar Vollzahlung an, aber nicht sofortige, sondern z. B. bloss mittelst ratenweiser Abzahlung. Hier kann man von einem Nachlass nur insofern sprechen, als die Gläubiger auf das ihnen mit der Fälligkeit ihrer Forderung zustehende Recht über die Leistung aus derselben zu verfügen theilweise Verzicht leisten. Im Interesse des Verkehrs, indem solche Fälle häufig vorkommen, sollte auch dem Schuldner, der ein derartiges Anerbieten macht, der Weg des Nachlassvertrags geöffnet sein.

¹² Vgl. Endemann, a. a. O. p. 583; von Völderndorff, a. a. O. II p. 451.

3) ein Verzeichniss der Geschäftsbücher, wenn der Schuldner auf Grund des Art. 877 S. O. R. zur Führung von solchen verpflichtet ist. Dieser Vorschrift haben daher nur diejenigen Schuldner nachzukommen, die nach Art. 865 al. 4 S. O. R. verpflichtet sind, sich im Handelsregister eintragen zu lassen; also auch diejenigen, welche, obwohl dazu verpflichtet, es nicht thaten, aber nicht alle die, welche sich nach Art. 865 al. 1 S. O. R. freiwillig haben eintragen lassen. Entgegen dem französischen System vermeidet es das S. O. R., die nöthigen Geschäftsbücher aufzuzählen, von dem Gesichtspunkt ausgehend, dass dieselben von zu verschiedenartiger Natur sein dürften¹³. Hingegen müssen in denselben die einzelnen aus den letzten 10 Jahren mit dem Geschäftsbetriebe zusammenhängenden Schuld- und Forderungsverhältnisse ersichtlich sein; S. O. R. Art. 877—878.

4) die unterschriftliche Zustimmung der Mehrheit der Gläubiger zu dem Entwurfe, sofern die auf diese Mehrheit entfallende Forderungssumme die Hälfte des Gesamtbetrags der Forderungen übersteigt. Es fragt sich hier in erster Linie, ob diese dem Genfer Gesetz entnommene Vorschrift nicht eine zu harte sei, so dass durch dieselbe die Anbahnung des Nachlassvertrags dem Schuldner zu schwer gemacht wird. Auf der einen Seite wollte man allerdings den Zutritt zum Nachlassverfahren nicht allzusehr erleichtern; denn dasselbe sei nicht für Schuldner bestimmt, die schon in die Enge getrieben seien, sondern nur für solche, die im Bewusstsein der Gefährdung ihrer Situation dem Ausbruch der Catastrophe zuvorzukommen wünschen; auf der andern Seite fürchtete man aber, den Nachlassvertrag durch allzu strenge Vorschriften geradezu unzugänglich zu machen; daher denn auch die vielfachen Erörterungen im Schoosse der Commissionen und der Bundesversammlung. Während nämlich der ursprüngliche Entwurf des BR. vom 23. II. 86 eine qualificirte Mehrheit von 2 Drittheilen bezüglich Kopfzahl und Forderungssummen vorsah, befürwortete die ständeräthliche Commission bloss die $\frac{2}{3}$ Mehrheit bezüglich der Summenzahl, sprach sich aber bezüglich der Kopfzahl für ab-

¹³ Vgl. Schneider und Fick, Commentar zum S. O. R. ad Art. 877.

solute Mehrheit aus; die nationalrätliche Commission entschied sich für absolute Mehrheit in beiden Richtungen und ihre Ansicht hat dann auch zuletzt den Sieg davon getragen. Unsererseits neigen wir eher zu der im Ständerathe von einer Seite vorgebrachten Ansicht¹⁴ hin, dass man vielleicht besser dieses ganze Erforderniss gestrichen hätte, und fügen zur Unterstützung dieser Auffassung dem dort geltend gemachten Grunde noch den bei, dass es sich ja beim Nachlassbegehren doch nur um eine provisorische Mehrheitsberechnung handelt, indem nach unserm Gesetze die Nachlassbehörde erst nach dessen Annahme befugt ist, die Passiven festzustellen, mithin sich vorher einzig und allein auf die Angaben des Schuldners in ihrem Entscheid stützen kann. Zudem kennen weder das Gesetz von Neuenburg, noch das französische Gesetz eine ähnliche Bedingung.

In die nunmehr gesetzlich festgestellte absolute Mehrheit bezüglich Kopfzahl und Summenbetrag sind aber nach Art. 293 al. 2 nicht einzurechnen: die pfandversicherten und privilegierten Gläubiger und die Ehefrau des Schuldners, sowie deren Forderungen. Zu den pfandversicherten Gläubigern gehören nach Art. 37 al. 2—3 sowohl die durch Grundpfand als Faustpfand oder Retentionsrecht gedeckten Gläubiger ungeachtet, ob die ihnen zustehende Unterlage eine effective oder bloss illusorische sei. Was die privilegierten Gläubiger betrifft, so zählt dieselben Art. 219 auf, und ihre bevorzugte Stellung rechtfertigt sich aus dem Charakter ihrer Forderungen, auf welchen aber einzutreten nicht in den Rahmen unserer Aufgabe fällt. Die Ehefrau wird bei Berechnung der Summenmajorität auch nicht bezüglich des nicht privilegierten Theils ihrer Forderung berücksichtigt¹⁵. Dies widerstreitet u. E. der ratio legis, indem das Gesetz die Zustimmung der oben bezeichneten Gläubiger darum nicht verlangt, weil sie infolge ihrer Deckung, beziehungsweise ihres Privilegiums als am Zustandekommen des Nachlassvertrags mit Recht uninteressirt angesehen werden, dieser Grund aber bei der nicht privilegierten Forderung der Ehefrau fehlt.

¹⁴ Vgl. P. St. C. p. 47.

¹⁵ Vgl. P. St. C. p. 47.

Die Zustimmung eines Gläubigers zum Entwurf bindet denselben nicht zur Annahme des Nachlassvertrages. Diese Vorschrift rechtfertigt sich aus folgendem Grunde. In vielen Fällen wird das endgültige Ergebniss ein ungünstigeres sein, als es der Entwurf vorsah, da ja die Praxis lehrt, wie oft vom Schuldner selbst in guten Treuen seine Activen überschätzt werden und das Gesetz niemals befugt ist eine Präsumtion aufzustellen, die dem ausgesprochenen Willen des Gläubigers direct zuwiderläuft; darum soll diese Zustimmung nicht präjudicieller Natur sein.

IV. Der Zeitpunkt, in welchem ein Schuldner sein Nachlassbegehren anbringen will, steht nach dem Gesetze in seinem Belieben und ist auch in jedem Stadium der Concursbetreibung noch möglich, so lange nur nicht vom zuständigen Gericht der Schuldner in Concurs erklärt worden ist¹⁶.

V. Nach Art. 330 des Gesetzes fallen alle vom 1. I. 1892 an eingereichten Nachlassbegehren unter die Vorschriften dieses Gesetzes.

§ 8. Der Entscheid über das Nachlassbegehren.

I. Über das bei der Nachlassbehörde nunmehr eingereichte Nachlassbegehren hat dieselbe einen Entscheid zu treffen. Die rechtliche Nothwendigkeit eines solchen, welcher den Beginn des Nachlassverfahrens an einen bestimmten Moment knüpft, liegt in den mit dessen Eröffnung für Schuldner, Gläubiger und sonstige Dritte verbundenen Rechtswirkungen.

Doch soll dem Entscheid nach Art. 294 die Anhörung des Schuldners vorangehen; diese verfolgt einen doppelten Zweck: einmal die nähern Verhältnisse des Schuldners, so weit sie aus dem Nachlassbegehren nicht ersichtlich sind, festzustellen und dann die Richtigkeit der dort vorgebrachten Aussagen zu constatiren. Sie wird jedoch regelmässig nicht stattfinden, wenn dem Nachlassbegehren einer der gesetzlichen Bestandtheile fehlt; in diesem Fall ist u. E. die Behörde berechtigt das Gesuch ab officio abzuweisen ohne weitere Prüfung¹. Dem Schuldner aber

¹⁶ Vgl. BG. Art. 160 al. 2; anders in Frankreich, wo nach Art. 438 das Gesuch nur innerhalb der ersten 10 Tage nach der Zahlungseinstellung eingebracht werden kann.

¹ Vgl. Endemann, a. a. O. p. 594 A.

bleibt unbenommen, ein neues Nachlassbegehren einzureichen, sofern nur allen gesetzlichen Erfordernissen darin nachgekommen ist. Sobald aber das Nachlassbegehren bezüglich Form und Inhalt den gesetzlichen Vorschriften entspricht, muss der Schuldner angehört und hierauf der Entscheid gefällt werden.

Aus den Verhandlungen der ständeräthlichen Commission² geht hervor, dass die Anhörung des Schuldners eine mündliche sein muss und dass er obligatorisch vorgeladen wird. Knüpft sich an sein Nichterscheinen ein Rechtsnachtheil? Das Gesetz beantwortet die Frage nicht. Hienach wird es nach allgemeinen Rechtsprincipien in die Zuständigkeit der Nachlassbehörde fallen, den Schuldner unter Androhung des ihr geeignet erscheinenden Rechtsnachtheils vorzuladen, da eine Bestimmung hierüber auch nicht in die Gesetzgebungscompetenz der Kantone fällt. Wohl aber wäre eine Regelung dieses Punktes wünschbar in der BR. Vollziehungsverordnung. Auffallen mag hier, dass nach dem Wortlaut des Art. 294 die Nachlassbehörde ihren Entscheid einzig stützt auf den Inhalt des Nachlassbegehrens und das Ergebniss der Einvernahme des Schuldners, mithin Dritte, insbesondere Gläubiger, weder als Zeugen angehört werden können, noch selbst Anträge auf Annahme oder Abweisung stellen dürfen³. Dies erklärt sich aus dem rein provisorischen Charakter dieses Verfahrens, welches lediglich den Zweck hat, möglichst schnell der Nachlassbehörde einen Überblick über die persönlichen, wie finanziellen Verhältnisse des Schuldners, sowie ein Urtheil über dessen Würdigkeit zur Zulassung zum Nachlassvertrag zu verschaffen. Eine möglichst schnelle Einleitung des eigentlichen Nachlassverfahrens liegt aber auch im Interesse der Gläubiger, weil ihnen einerseits das Recht des rechtlichen Gehörs im eigentlichen Verfahren durch Art. 304 reservirt ist, und weil ihnen andererseits, je baldere dasselbe eröffnet, desto weniger Verlust droht.

II. Der Einvernahme des Schuldners folgt nun der Entscheid der Nachlassbehörde. Bei demselben hat sie die im Art. 294 al. 1 aufgezählten Gesichtspunkte immer zu berücksichtigen;

² Vgl. P. St. C. p. 49.

³ Anders nach englischem Recht, wo im Art. 17 des § 5 citirten Gesetzes ein öffentliches Verhör des Schuldners stattfindet.

dieselben sind aber nicht limitativ, sondern nur exemplificativ aufzufassen. Es sind folgende:

- 1) die Vermögenslage des Schuldners,
- 2) der Stand seiner Buchführung und sein Geschäftsgebahren,
- 3) die Ursachen der Nichterfüllung seiner Verbindlichkeiten.

Indem diese Punkte zum nothwendigen Gegenstand der Cognition der Nachlassbehörde gemacht werden, werden der Letztern die Mittel an die Hand gegeben zur Verwirklichung jener schon oben angeführten Intention des Gesetzes, dass der Nachlassvertrag nur dem bedrängten und ehrlichen Schuldner zu gewähren sei. Bei der Prüfung der Ursachen der Nichterfüllung der Verbindlichkeiten des Schuldners wird daher namentlich in Betracht kommen, ob die Überschuldung herrührt aus leichtsinnig gewagten Speculationen, oder Bürgschaften, aus luxuriösem Leben, aus Creditmissbrauch oder aus unglücklichen Conjecturen, plötzlichen Crisen und Fallimenten Dritter; mit andern Worten, die Nachlassbehörde hat sich darüber klar zu werden, ob die gegenwärtige Situation des Schuldners eine verschuldete sei oder nicht. Die Ehrlichkeit des Schuldners wird aber namentlich aus seinem Geschäftsgebahren ersichtlich sein und auf dieses sollte namentlich in folgender Richtung grosses Gewicht gelegt werden. U. E. sollte nicht eingetreten werden auf das Nachlassbegehren eines Schuldners, welcher jenes so beliebte Verfahren befolgt hat, das darin besteht, dass, um die eigene Überschuldung der Aussenwelt zu verbergen, fortwährend neue Darlehen aufgenommen und daraus alte Schulden bezahlt werden. Dies ist keine ehrliche Handlungsweise und zudem zuletzt doch für Gläubiger und Schuldner mit grössern Verlusten verbunden, als wenn der Schuldner, sobald er seine Überschuldung einsieht, sich an die Behörde wendet. Die Letztere hat daher auch zu berücksichtigen, seit wann der Insolvenzzustand des Schuldners besteht, und dies wird sich aus ordentlich geführten Geschäftsbüchern immer ergeben. Wenn daher das französische Gesetz die Rechtswohlthat der liquidation judiciaire nach Art. 438 nur dem Schuldner gewährt, der innerhalb der ersten 10 Tage nach Zahlungseinstellung beim Gericht sich um dieselbe bewirbt, so ist dies eine höchst zweckmässige Vorschrift, die volle Nachahmung verdient.

So ist denn die Nachlassbehörde in ihrem Entscheid über Eintreten oder Nichteintreten auf das Nachlassbegehren nicht an dessen gesetzlich richtiges Vorhandensein gebunden, sondern hat noch ein freies Prüfungsrecht über die in Art. 294 genannten Punkte. Auf ihr Ermessen ist also in letzter Linie der Schuldner angewiesen.

Die Bestimmung der Frist, innerhalb welcher die Nachlassbehörde zu entscheiden hat, ist vom Gesetz offen gelassen; nach dem ganzen Charakter dieses Vorverfahrens wird sie beförderlichst zu erfolgen haben. Die Entscheidung erfolgt nicht in Form eines Urtheils, sondern ist Beschluss; denn es handelt sich hier nicht um ein contradictorisches Verfahren, sondern um eine rein präparatorische Vorprüfung. Von dem Entscheide wird dem Schuldner Mittheilung⁴ gemacht. Lautet derselbe auf Eintreten, so trifft die Nachlassbehörde zugleich die für das weitere Verfahren nothwendigen Massnahmen⁵.

Sofern eine obere kantonale Nachlassbehörde besteht — und eine solche aufzustellen gestattet den Kantonen Art. 232 Ziff. 3 — kann der Entscheid an dieselbe innerhalb 10 Tagen von dessen Mittheilung an weitergezogen werden; Art. 294 al. 2. Die Zulässigkeit einer solchen Beschwerde, die natürlich nur vom Schuldner ausgehen kann, ist erst vom Ständerath in den Entwurf aufgenommen und dann ohne Widerspruch beibehalten worden. Sie hat immer Devolutiveffect, Suspensiveffect dagegen nur dann, wenn dies die obere Instanz, oder deren Präsident anordnet. Hievon ist der Schuldner in Kenntniss zu setzen⁶. Die Frist zur Einlegung des Rechtsmittels ist erst im Laufe der Verhandlungen von 5 auf 10 Tage erstreckt worden, u. E. hätte im Interesse der raschen Abwicklung dieses präparatorischen Verfahrens auch die fünftägige Frist genügt, zumal die Thätigkeit der obern Instanz sich ebenfalls auf die Anhörung des Schuldners und die Einsicht des Nachlassbegehrens beschränken wird.

⁴ Über die Art der Mittheilung schweigt das Gesetz, wahrscheinlich ist Art. 34 per analogiam anzuwenden.

⁵ Vgl. Kapitel II. — Über die juristische Natur des Nachlassbegehrens vgl. § 17.

⁶ Vgl. BG. Art. 36.

Die Frist beginnt zu laufen mit dem Tage, welcher der Mittheilung des erstinstanzlichen Entscheides folgt; ist der letzte Tag der Frist ein Sonntag oder ein staatlich anerkannter Feiertag, so endet sie am nächstfolgenden Werktag, allgemein aber Abends 6 Uhr des letzten Tages. Wird für die Beschwerdeeinlegung die Post benützt, so gilt die Frist als eingehalten, wenn die Aufgabe zur Post vor Ablauf der Frist erfolgt ist⁷.

Wird die Beschwerde begründet erklärt, so verfügt die obere Instanz Aufhebung oder Berichtigung des angefochtenen Entscheids⁸.

2. Kapitel.

Das eigentliche Nachlassverfahren.

§ 9. Übersicht.

Mit der Annahme des Nachlassbegehrens durch die Nachlassbehörde ist das präparatorische Verfahren zu Ende und beginnt das eigentliche Nachlassverfahren. Dieses äussert sich nun zunächst darin, dass dem Schuldner eine Stundung, die sogen. Nachlasstundung gewährt und ihm zugleich ein Sachwalter gesetzt wird (§ 10). Da hiedurch die Dispositionsfähigkeit des Schuldners modificirt wird, so ist die rechtliche Stellung sowohl des Schuldners, wie auch des Sachwalters zu erörtern (§ 11—12). Sobald der Letztere das schuldnerische Vermögen festgestellt hat, beruft er eine Gläubigerversammlung ein, welche über den Entwurf des Nachlassvertrags abstimmt (§ 13). Derselbe wird, wenn angenommen, der Nachlassbehörde zur Bestätigung unterbreitet (§ 14) und tritt erst mit letzterer in Rechtskraft. Die rechtlichen Wirkungen des Nachlassvertrags sind daher erst an dieser Stelle festzustellen (§ 15) und anknüpfend an diese die Unwirksamkeit des Nachlassvertrags zu besprechen (§ 16).

§ 10. Die Nachlasstundung.

I. Begriff. Der Gläubiger einer fälligen Forderung ist berechtigt, die Leistung, welche den Gegenstand seines Forderungsrechtes bildet, jeder Zeit einzuklagen. Verspricht er jedoch

⁷ Vgl. BG. Art. 31—32.

⁸ Vgl. BG. Art. 21.

seinem Schuldner mit der Klage einstweilen noch zuwarten zu wollen, so sagt man: Es habe eine Stundung der Forderung stattgefunden, hier liege eine Stundung vor, genauer also Aufschub der Einklagung der an sich fälligen Forderung¹. Dies ist der regelmässige Fall der Stundung; denn sie beruht auf der Übereinkunft zwischen Gläubiger und Schuldner, und ist daher ein Vertrag. Ausserdem gibt es aber noch und gab es schon im römischen Rechte, eine unfreiwillige, eine sogen. Zwangsstundung; dieselbe ist dann vorhanden, wenn unter gewissen Voraussetzungen einem Gläubiger gegen seinen Willen verboten wird, die Leistung aus seinem Forderungsrechte trotz dessen Fälligkeit einzuklagen. Diese Spielart der Stundung ist eine nur ausnahmsweise und muss daher, wo sie vorkommt, aus inneren Gründen sich rechtfertigen; denn sie bedeutet einen Eingriff in das wohlerworbene Recht des Gläubigers.

Schon dem römischen Recht bekannt², hat sich die Zwangsstundung im gemeinen Recht in der Form erhalten, dass sie, von der Theorie als Vertrag aufgefasst, nur dann entstand, wenn sich die Mehrheit der Gläubiger eines Schuldners für sie aussprach. „Ob dies juristisch zu rechtfertigen sei, darüber hat man sich nicht lange den Kopf zerbrochen, da ja das römische Recht die Zwangsstundung in unbeschränkter Weise zulies“³. Eine solche hat nun auch unser Gesetz zu Gunsten des Schuldners aufgestellt; allein dieselbe gründet sich nicht auf den Willen der Gläubigermehrheit, sondern ist als eine von der Nachlassbehörde decretirte aufzufassen; so sagt auch Art. 295: Die Nachlassbehörde gewährt dem Schuldner die Stundung. Auf eine stillschweigende Einwilligung der Gläubiger lässt sich allerdings in soweit schliessen, als die unterschriftliche Zustimmung zum Nachlassbegehren auch mittelbares Einverständniss mit den Folgen des Nachlassverfahrens, also auch mit der Nachlassstundung involvirt; allein der Unterschied ist eben der, dass die Nachlassstundung keine nothwendige Folge der Zustimmung jener Gläubiger ist, sondern nur dann entsteht, wenn zu der Letztern noch die Annahme des Nachlassbegehrens durch die Nachlassbehörde hinzutritt.

¹ Vgl. Dernburg, Pandekten (2. Auflage) II § 65 p. 178

² Vgl. l. 8 Cod. qui bon. (7. 71).

³ Vgl. Schultze, a a. O. p. 115.

Es ist desshalb auch hier die Frage am Platze, ob sich die Zwangsstundung unseres Gesetzes aus inneren Gründen rechtfertige. Dies ist entschieden zu bejahen, wenn man von folgenden Gesichtspunkten ausgeht:

1) Soll das vom Schuldner eingereichte und von der Nachlassbehörde angenommene Nachlassbegehren die Basis für die folgenden Unterhandlungen zwischen Gläubiger und Schuldner bilden, so ist nothwendig, dass der Status quo des Vermögens zur Zeit des Nachlassbegehrens aufrechterhalten bleibe und nicht durch das Vorgehen einzelner Gläubiger willkürlich geändert werden könne (z. B. durch Betreibung); denn die dem Nachlassbegehren zustimmenden Gläubiger haben ihre Einwilligung nur zu dem daselbst enthaltenen Entwurf gegeben, sich also nur auf Grund eines solchen Entwurfs den Folgen der Nachlassstundung aussetzen wollen.

2) Das gemeinsame Interesse der Gläubiger geht auf möglichst grosse und gleichmässige Befriedigung; möglichst gross kann sie aber nur dann sein, wenn alle unnützen Kosten verhütet, namentlich aber Processkosten vermieden werden; eine gerechte gleichmässige Vertheilung verlangt wiederum Zeit, um Zahl der Gläubiger und Höhe ihrer Forderungen feststellen zu können.

3) Das vom Gesetzgeber beim Nachlassvertrag verfolgte Ziel der Rettung des Schuldners vom finanziellen Ruin.

Aus diesen innern Gründen, welche die Motive zur Aufnahme der Zwangsstundung in unser Nachlassverfahren bilden, ergibt sich nun auch der Zweck derselben: Sie soll die Sicherheit und den Erfolg des ganzen Verfahrens erhöhen, indem sie willkürlichen Veränderungen im Status des schuldnerischen Vermögens vorbeugt und eine zuverlässige Feststellung desselben unterdessen ermöglicht. Das Gesetz nennt sie Nachlassstundung, weil sie ein integrierender Bestandtheil des Nachlassverfahrens ist.

II. Dauer. Die Dauer der Nachlassstundung ist im Art. 295 al. 1 auf 2 Monate, also nicht 60 Tage⁴, festgesetzt. Ein allfälliger Rechtsstillstand, welchen der Schuldner geniesst, hindert den Ablauf der Frist nicht; fällt jedoch das Ende der

⁴ Vgl. S. O. R. Art. 88.

Stundung in die Zeit des Rechtsstillstandes, so wird dieselbe bis zum dritten Tage nach dessen Ende verlängert⁵.

Der Rechtsstillstand tritt von Rechts wegen ein:

a) wenn und solange der Schuldner oder sein gesetzlicher Vertreter sich im eidgenössischen oder kantonalen Wehrdienst befindet⁶.

b) Wenn die Ehefrau, ein Verwandter oder Verschwägerter des Schuldners in auf- oder absteigender Linie gestorben ist, am Todestage und den 5 folgenden Tagen⁷.

Dagegen wird u. E. die Nachlassbehörde wohl nicht einem schwerkranken Schuldner nach Analogie des Art. 61 für eine bestimmte Zeit Rechtsstillstand gewähren, sondern in diesem Falle von der ihr im Art. 295 al. 4 vorbehaltenen Befugniss der Verlängerung der Nachlasstundung Gebrauch machen.

Endlich kann eine Kantonsregierung mit Zustimmung des Bundesrathes im Falle einer Epidemie oder eines Landesunglücks, sowie in Kriegszeiten für ein bestimmtes Gebiet oder für bestimmte Theile der Bevölkerung den Rechtsstillstand beschliessen⁸.

Zur Berechnung der Frist ist noch folgendes zu bemerken: Eine nach Monaten bestimmte Frist endigt mit demjenigen Tage, der durch seine Zahl demjenigen entspricht, mit welchem sie zu laufen beginnt. Fehlt dieser Tag in dem letzten Monat, so endigt die Frist mit dem letzten Tage dieses Monats⁹.

Die zweimonatliche Nachlasstundung kann nach Art. 295 al. 4 auf Antrag des Sachwalters durch die Nachlassbehörde um höchstens zwei Monate verlängert werden. Der in allen Entwürfen beibehaltene Zusatz, dass die Erstreckung der Nachlasstundung nur dann statffinde, wenn aus dem Bericht des Sachwalters hervorgehe, dass die Unterhandlung voraussichtlich zu einem günstigen Ergebniss führen werde, ist in der endgültigen Redaction, wie uns scheint, als überflüssig weggelassen worden und gewiss mit Recht; denn in einem solchen Falle wird es

⁵ Vgl. BG. Art. 63.

⁶ Vgl. BG. Art. 57.

⁷ Vgl. BG. Art. 58.

⁸ Vgl. BG. Art. 62.

⁹ Vgl. BG. Art. 31 al. 2.

sich allein lohnen, die Frist um zwei weitere Monate zu verlängern.

Die Nachlasstundung beginnt mit dem Tage, an welchem die im Art. 296 vorgeschriebene öffentliche Bekanntmachung derselben erfolgt¹⁰. Sie geschieht durch das Amtsblatt des Kantons und ausserdem, wenn der Schuldner der Concursbetreibung unterliegt, durch das schweizerische Handelsamtsblatt; im letztern Fall ist immer das Datum der Veröffentlichung daselbst für die Fristenberechnung massgebend¹¹. Wenn die Verhältnisse es erfordern, so kann nach Art. 35 al. 2 die Bekanntmachung auch durch andere Blätter oder auf dem Wege des öffentlichen Ausrufs geschehen. Ob ein solches Verfahren beim Nachlassvertrag je zu rechtfertigen sei, werden wir erst später zu erörtern haben¹²; u. E. würde besser in Beobachtung der beim Nachlassvertrag zu befriedigenden Interessen jede öffentliche Bekanntmachung unterlassen.

Die Bewilligung der Stundung ist von der Nachlassbehörde dem Betreibungsamte mitzutheilen, damit dasselbe während der gewährten Frist keine Betreibungsacte vornehme.

Die Nachlasstundung endigt:

a) mit Ablauf der Frist; dies wird wohl praktisch der seltenste Fall sein;

b) in Folge des zu Ende geführten Nachlassverfahrens mit dem Moment der öffentlichen Bekanntmachung des Entscheides über den Nachlassvertrag;

c) durch Widerruf. Derselbe erfolgt durch die Nachlassbehörde auf Antrag des Sachwalters, wenn der Schuldner gewisse ihm gesetzlich verbotene Handlungen vornimmt oder den Weisungen des Sachwalters zuwider handelt¹³. Unterliegt der Schuldner der Concursbetreibung, so gibt der Widerruf jedem Gläubiger das Recht, binnen 10 Tagen nach der Bekanntmachung die sofortige Concurseröffnung über den Schuldner zu verlangen. Der Widerruf wird öffentlich bekannt gemacht und dem Betreibungsamte mitgetheilt. Gegen denselben ist das

¹⁰ Dass sie nicht immer sofort nach dem Entscheid über das Nachlassbegehren erfolgen kann, vgl. § 12 sub. II 1.

¹¹ Vgl. BG. Art. 35 al. 1.

¹² Vgl. § 18.

¹³ Vgl. BG. Art. 298, 307—308.

Rechtsmittel der Beschwerde statthaft da, wo eine obere Nachlassbehörde besteht.

III. Rechtswirkungen der Nachlasstundung. Unser Gesetz hat sich mit Recht jeder theoretischen Definition der Nachlasstundung enthalten und lediglich dieselbe in ihren praktischen Wirkungen in Art. 297 und 56 Ziff. 4 umschrieben; doch ergeben sich die letztern als unmittelbare Consequenzen aus dem oben entwickelten Begriffe. Wenn wir dort das Wesen der Nachlasstundung in dem den Gläubigern auferlegten Zwang sahen, eine gewisse Zeit lang an der Klagbarmachung ihrer fälligen Forderungen verhindert zu sein, so folgt naturgemäss hieraus, dass auch alle rechtlichen Schritte zur Beitreibung der Leistung während dieser Zeit verboten sein sollen.

Darum lautet Art. 297 im Anfang: Während der Stundung kann gegen den Schuldner eine Betreibung weder angehoben noch fortgesetzt werden, und darum sagt Art. 56 Ziff. 4: Betreibungshandlungen dürfen nicht vorgenommen werden gegen einen Schuldner, dem eine Nachlasstundung gewährt ist; denn die Betreibungshandlungen sind eben nichts anderes, als die von Gläubigern veranlassten Verfügungen und Vorkehrungen der Betreibungsämter und der Gerichte, welche einen specifischen Theil des Betreibungsverfahrens (der Zwangsvollstreckung) bilden und für den Schuldner gewisse Rechtsfolgen nach sich ziehen¹⁴. Alle diese müssen während der Nachlasstundung unterbleiben¹⁵ und von dieser Regel gibt es keine Ausnahme. Mehrere solche waren nämlich ursprünglich im Entwurfe des B. R. vom 23. II. 1886 Art. 24 vorgesehen, sind aber dann nach einander im Laufe der Verhandlungen gestrichen worden. Insbesondere hätte sich die Ausnahme zu Gunsten der pfandversicherten und privilegierten Gläubiger nicht gerechtfertigt, da den Erstern im Nachlassverfahren ihre Pfanddeckung nicht genommen wird und den letztern im Art. 306 Ziff. 3 ausdrücklich Vollzahlung zugesichert ist.

¹⁴ Vgl. Commentar zum BG. über S. u. C. (Weber und Brüstlein) Note 1 ad Art. 56, wo die einzelnen Betreibungshandlungen aufgezählt sind.

¹⁵ Treffend sagt der Genfer Rapport p. 8: „Permettre, en effet, de continuer les poursuites et les mesures d'exécution contre le débiteur, eut été dans la plupart des cas lui enlever la possibilité de faire au moment venu des propositions concordataires sérieuses et ainsi détruire indirectement les avantages, que lui accorde la loi.“

Wenn so aus dem Begriff der Nachlasstundung folgt, dass Betreibungshandlungen weder angefangen noch fortgesetzt werden dürfen, so soll auch der Lauf der Verwirkungsfristen, d. h. der peremtorischen Fristen, die durch die Betreibung unterbrochen werden können, still stehen. Wenn das Gesetz dem Gläubiger, der seinen Schuldner betreibt, eine zerstörlische Frist setzt zur Fortsetzung der Betreibung¹⁶ und er nun an letzterer verhindert ist in Folge Eintritts einer Nachlasstundung, so soll jene Frist unterdessen nicht ablaufen dürfen, so dass, käme der Nachlassvertrag nicht zu stande, der Gläubiger die Betreibung von neuem anheben müsste, sondern es soll ihr Lauf gehemmt sein bis zur Aufhebung der Stundung. Diese Bedeutung ist u. E. der Bestimmung des Art. 297, dass der Lauf jeder Verwirkungsfrist, die durch Betreibung unterbrochen werden kann, gehemmt sei, unterzulegen.

Und wie den Gläubigern, welche ihre Schuldner schon betreiben, aus dem Eintritt der Nachlasstundung kein Schaden erwachsen soll durch Versäumniss peremtorischer Fristen, so soll sie überhaupt nicht der Nachtheil treffen, dass während der Stundungsfrist ihr Klagerecht untergehe in Folge Verjährung, darum die Vorschrift des Art 297, dass jede Verjährungsfrist in ihrem Laufe gehemmt sei. Es findet hier eine *prescriptio dormiens* derselben statt, d. h. nach Ablauf der Nachlasstundung fängt die Verjährung nicht von neuem an zu laufen, sondern sie steht während derselben nur stille, sie wird nur in ihrem Laufe gehemmt. Der Sinn der Vorschrift ist also der, dass der Moment der Klagverjährung um so viel Zeit später eintritt, als die Nachlasstundung Dauer hatte.

Da die Nachlasstundung die Forderungen der Gläubiger gegen ihren Schuldner nicht in ihrem Bestande ändert, sondern bloss deren Klagbarkeit während gewisser Zeit aufhebt, so geht hieraus hervor, dass sie keine Rechtswirkung hat gegen mit der Forderung gegen den Schuldner verbundene Forderungen des betreffenden Gläubigers, wie gegen Mitschuldner und Bürgen. Obwohl unser Gesetz dies nicht ausdrücklich ausspricht, wie z. B. das belgische Gesetz im Art. 5, so deutet doch der Ausdruck des Art. 295, dass dem Schuldner die Nachlasstundung ge-

¹⁶ Solche finden sich z. B. in den Artikeln: 88 al. 2, 116, 154, 159, 188.

währt werde, darauf hin, dass sie sich nur auf die Schuldverpflichtungen des Schuldners beziehen solle.

In Ermangelung einer dem Art. 209, welcher für den Concurssfall ausdrücklich Aufhebung des Zinsenlaufs vorschreibt, analogen Bestimmung ist anzunehmen, dass derselbe durch die Nachlasstundung nicht gehemmt werde.

§ II. Die Stellung des Schuldners.

Ausser den im vorigen Paragraph entwickelten Rechtsfolgen der Nachlasstundung, welche sich aus deren Begriff ergaben, knüpft das Gesetz an dieselbe auch solche, welche in deren Zweckbestimmung ihren Grund haben. Soll die Nachlasstundung nämlich Erfolg und Sicherheit des Nachlassverfahrens erhöhen, so darf der Schuldner nicht mehr in unbeschränkter Verfügungsfähigkeit über sein Vermögen gelassen werden; dieselbe muss bis zu einem gewissen Grade beschränkt werden. Nun trifft unser Gesetz auch hier keine principielle Entscheidung, sondern umschreibt die Dispositionsfähigkeit des Schuldners lediglich durch die Begrenzung ihrer Wirksamkeit. Es stellt Art. 298 keine positiven Vorschriften auf, sondern beschränkt sich, aus dem Kreis der möglichen Rechtsgeschäfte gewisse Kategorien als verboten auszuschneiden, zieht also so nur negativ der Dispositionsfähigkeit des Schuldners eine Schranke. Ferner verpflichtet es den letztern, den Weisungen des Sachwalters, die er nach seinem Ermessen ertheilen kann, nachzukommen. So hängt es auf Grund dieser letztern, sehr dehnbaren, elastischen Norm im wesentlichen vom Gutdünken des Sachwalters ab, in wie weit der Schuldner dispositionsfähig bleiben solle.

Es sind daher nach unserm Gesetze zu unterscheiden Rechtsgeschäfte, die dem Schuldner überhaupt, und solche, die ihm nur nach Weisung des Sachwalters verboten sind. Auch in ihren Wirkungen zeigt sich dieser Unterschied: Die erstern können überhaupt nicht mehr in rechtsgültiger Weise vorgenommen werden¹ und zudem Widerruf der Stundung bewirken, während nur das letztere Rechtsfolge der zweiten Kategorie von Rechtsgeschäften sein kann. Es fragt sich nun, ob diese Vorschriften

¹ Der französische Text unseres Gesetzes sagt noch deutlicher: „Il lui est interdit à peine de nullité.“

unseres Gesetzes auf einen einzigen juristischen Gesichtspunkt, ob sie auf ein einheitliches Princip zurückzuführen sind, von welchem, als Basis ausgehend, sie sich als logische Consequenzen ergeben. In Folgendem soll hiezu der Versuch gemacht werden.

Bei der Entwicklung der verschiedenen Interessen, welche zu befriedigen der Nachlassvertrag berufen sei, sahen wir, dass der Gesetzgeber das Hauptgewicht darauf legte, dass das schulderische Vermögen vor der Catastrophe bewahrt bleibe. Dies sei aber nicht mehr möglich, wenn der Schuldner infolge der Concurspublikation oder infolge fruchtloser Pfändung jeglichen Credit verliere, wenn er im erstern Fall der Verfügung über sein Vermögen entsetzt und die Liquidation desselben einer Person anvertraut werde, welche mit den Geschäften, deren Fortführung ihr übertragen ist, oft unbekannt, trotz Intelligenz, Geschicklichkeit und Behutsamkeit niemals im stande sein werde aus den Activen so viel herauszuschlagen, als es der Schuldner bei seiner Geschäftskenntniss thun könnte. Jenes Interesse verlange daher, dass der Schuldner nicht gänzlich seines Vermögens entsetzt, seiner Selbständigkeit beraubt werde, sondern dass im Gegentheil principiell die Vermögensverwaltung ihm auch fernerhin gelassen und er in seiner Dispositionsfähigkeit nicht beschränkt werde².

Und doch thut dies unser Gesetz in Art. 298; welches mag hier wohl die ratio legis gewesen sein? An gleicher Stelle (§ 6) wurde gezeigt, wie neben diesem Interesse des Schuldners und fast mit ihm identisch ein Interesse der Gläubiger auf möglichst grosse und gleichmässige Befriedigung bestehe. Die Verwirklichung des letztern aber hat zur Voraussetzung eine zuverlässige Feststellung der Activen und Passiven und eine solche kann nur von unbetheiligter dritter Seite geschehen, macht desshalb eine gewisse Dispositionsbeschränkung des Schuldners nöthig. Hieraus erhellt, dass das Interesse der Gläubiger der dominirende Gesichtspunkt für das Mass jener Beschränkung ist und dass dieselbe eben desshalb auch nicht weiter gehen soll, als dieses Interesse es verlangt. Aus dem Interesse auf möglichst grosse Befriedigung folgt die Noth-

² Dieses Princip anerkennt Art. 298 Satz 1: Dem Schuldner etc. fortzubetreiben.

wendigkeit möglicher Erhaltung des Vermögens; aus dem auf gleichmässige Befriedigung genaue Feststellung der Passiven.

Als Consequenz des erstern ergeben sich nun auch die Vorschriften des Art. 298, wie wir zu zeigen versuchen werden. Einmal verbietet derselbe in al. 1 von Rechts wegen alle solchen Rechtsgeschäfte, welche für das schuldnerische Vermögen nicht conservatorischer, sondern eher oneroser Natur und zugleich geeignet sind, geheimen Bevorzugungen und Abmachungen von Seiten des Schuldners Vorschub zu leisten. Das Gesetz nennt als solche: Veräusserung oder Belastung von Liegenschaften, Pfandbestellung, worunter nach Art. 37 sowohl Grundpfand als Faustpfand und Retentionsrecht zu begreifen ist, Bürgschaftsverpflichtungen und unentgeltliche Verfügungen³. Diese Rechtsgeschäfte sind limitativ aufzufassen; denn da sie als Ausnahme von der Regel aufgezählt werden⁴, muss restrictive interpretirt werden; die Vorschrift darf daher u. E. nicht auf Vergleiche ausgedehnt werden. Die genannten Rechtsgeschäfte sind, wenn sie vom Schuldner —, gleichgültig ob mit oder ohne Einverständniss des Sachwalters — vorgenommen werden, ipso jure nichtig und unterscheiden sich hiedurch wesentlich von den Rechtshandlungen des Tit. X, deren Ungültigkeitserklärung eine Anfechtung von Seiten bestimmter Personen zur Voraussetzung hat. Die Anfechtungsklage kann überhaupt nicht im Zusammenhang mit dem Nachlassvertrag ausser Concurs in Frage kommen, weil fruchtlose Pfändung oder Concurseröffnung Vorbedingung ihrer Existenz sind⁵ und dieselben der Nachlassvertrag ja gerade für den Schuldner verhindern soll. Die diesen Rechtsgeschäften beigelegte so strenge Rechtswirkung der Nichtigkeit hat u. E. ihre gute Begründung in dem Interesse der Gläubiger, von welchem wir ausgingen. Das Vermögen des Schuldners darf vor allem keinen weiteren Verlusten mehr ausgesetzt werden und hiezu sind strenge Vorschriften nöthig. Alle die vom Gesetz genannten Rechtsgeschäfte sind entweder an und für sich oneroser Natur oder werden es doch unabwendbar unter den gedrückten Ver-

³ Unter diesen Begriff fällt auch der Schuldverlass.

⁴ Darauf hin deutet u. E. Art. 298 Satz 2: „jedoch“.

⁵ Vgl. BG. Art. 285.

hältnissen des Schuldners; darum sollen sie von vornherein nichtig sein; denn sie werden eben die Lage der Gläubiger durch Belastung des schuldnerischen Vermögens nur verschlechtern und über ihre Gültigkeit soll nicht in langwierigen Processen viel Zeit und Geld verloren gehen; dies widerstreitet dem Interesse der Gläubiger. Zudem darf auch vom Schuldner, der die Rechtswohlthat des Nachlassvertrags geniessen will, sowohl ein tadelloses Benehmen verlangt werden, als auch das Bestreben, seine Gläubiger möglichst zu befriedigen und ein solches verbietet die Vornahme oneroser Rechtsgeschäfte. Desshalb kann auch, abgesehen von der Nichtigkeit derselben, die Stundung von der Nachlassbehörde auf Antrag des Sachwalters und nach Anhörung des Schuldners zu seiner Strafe widerrufen werden.

Sucht das Gesetz einerseits durch bestimmte positive Vorschriften dem Interesse der Gläubiger Genüge zu leisten, so kann es dies doch nicht für alle möglichen Fälle thun wegen deren zu grosser Verschiedenheit. Desshalb stellt es den Satz auf, dass der Schuldner an die Weisungen des Sachwalters, der das Gläubigerinteresse zu berücksichtigen habe, gebunden sei, unter Androhung von Widerruf der Stundung.

Da durch Art. 298 al. 1 dem Schuldner gestattet ist, unter der Aufsicht des Sachwalters sein Geschäft fortzubetreiben, so werden sich die Weisungen des letztern zunächst auch auf jenes beziehen und können je nach dem Charakter desselben so mannigfacher Natur sein, dass das Gesetz mit Recht eine nähere Präcision unterlassen hat. Die gegen die Weisungen des Sachwalters vorgenommenen Handlungen sind aber rechtsgültig und können nur Widerruf der Nachlaststundung bewirken. Und dies mit Recht; denn die schwere Folge der Nichtigkeit soll nur in gesetzlich bestimmten Fällen eintreten dürfen; die Existenz und Nichtexistenz eines Rechtsgeschäfts soll nicht vom Gutdünken eines einzelnen Individuums abhängen; zudem ist wahrscheinlich, dass der dritte Contrahent von den dem Schuldner vom Sachwalter ertheilten Weisungen nichts weiss; unter dieser Unkenntniss soll er nicht leiden; hier handelt es sich nicht um eine ignorantia juris.

Aus den obigen Ausführungen erhellt, dass unser Gesetz keine genau bestimmte Dispositionsbeschränkung des Schuldners vorschreibt, sondern durch dessen Unterordnung unter den Sach-

walter dem hier massgebenden Gläubigerinteresse in einer für alle concreten Fälle passenden Art Genüge leistet.

§ 12. Die Stellung und Thätigkeit des Sachwalters.

I. Zugleich mit Gewährung der Nachlasstundung wird dem Schuldner nach Art. 295 al. 1 ein Sachwalter gesetzt; im französischen Text heisst er Commissaire, im italienischen Commissario. Derselbe wird von der Nachlassbehörde ernannt. Als solcher kann auch der Betreibungsbeamte oder ein Concursbeamter bezeichnet werden; diesen Fall erwähnt das Gesetz ausdrücklich, um den Vorzug, welchen dieser Beamte für diese Stellung verdient, hervorzuheben; denn vermöge seiner Amtsthätigkeit ist er am besten unterrichtet über Creditfähigkeit und die Vermögensverhältnisse der seinem Kreis angehörigen Schuldner. Selbstverständlich versteht Art. 295 al. 1 unter demselben einzig nur den Betreibungsbeamten resp. Concursbeamten des Kreises, in dem der Schuldner domicilirt ist. Im Übrigen steht es im Ermessen der Nachlassbehörde, auch einen beliebigen Dritten als Sachwalter zu berufen. Doch ist die Ernennung mehrerer Sachwalter, nach der positiven Fassung des Gesetzes zu vermuthen, ausgeschlossen.

II. Der Sachwalter wird von der Nachlassbehörde ernannt. Das Rechtsverhältniss zwischen beiden ist u. E. daher als Mandat aufzufassen.

Der Sachwalter ist der von der Nachlassbehörde zu der Leitung des Nachlassverfahrens delegirte Beamte. Soweit positive Bestimmungen nicht entgegenstehen, werden desshalb die Bestimmungen des Tit. XIV des S. O. R. Art. 392—406 zu berücksichtigen sein¹.

1) Die Ernennung des Sachwalters erfolgt gleichzeitig mit Gewährung der Nachlasstundung; dieselbe wird nach allgemeinen Grundsätzen erst mit Annahme für den Ernannten verbindlich. Doch gilt dies nicht für den Betreibungsbeamten oder einen Concursbeamten, welche das Gesetz wohl zur Übernahme dieser Stellung kraft ihres Amtes verbinden will; für

¹ Vgl. § 15 sub I.

sie ist u. E. die Ernennung immer verpflichtend². Da aber der Sachwalter mit Beginn der Nachlasstundung in seine Stellung eintreten muss, so folgt hieraus mittelbar, dass die Veröffentlichung der Nachlasstundung und daher auch deren Beginn erst stattfinden kann, wenn der Sachwalter seine Ernennung angenommen hat. Die Publication seines Namens wird durch das Gesetz nicht ausdrücklich vorgeschrieben, doch auch nicht verboten und wäre zur Information der Gläubiger zu empfehlen.

2. Nach S. O. R. Art. 396 ist der Sachwalter zur persönlichen Ausführung seiner ihm gesetzlich zugewiesenen Thätigkeit verbunden, ausgenommen, wenn er zur Übertragung an einen Dritten durch die Umstände genöthigt ist. Ist der Betreibungsbeamte oder ein Concursbeamter Sachwalter, so ist BG. Art. 2 al. 2 massgebend; das heisst: ist derselbe an der Leitung seines Amtes verhindert oder befindet er sich im Ausstande³, so ersetzt ihn sein Stellvertreter, resp. ein anderer Concursbeamter. Obwohl das Gesetz das letztere nicht ausdrücklich vorschreibt, so folgt es doch aus der Analogie der Verhältnisse.

3. Die Stellung des Sachwalters endigt mit Aufhebung der Stundung⁴; ferner nach allgemeinen Grundsätzen durch den Tod des Sachwalters, durch eintretende Handlungsunfähigkeit desselben und endlich, wenn derselbe in Concurs geräth⁵; denn als Concurstit, der selbst in der Disposition über sein Vermögen beschränkt ist, darf er nicht mehr Sachwalter eines Nichtconcurstiten sein; vgl. S. O. R. Art. 403.

4. Über das Mass der dem Sachwalter für seine Mühewaltung zu leistenden Vergütung enthält das BG. noch keine Bestimmung; da dieselbe nicht in die Competenz der Kantone

² Eine diesbezügliche positive Gesetzesvorschrift besteht allerdings nicht und scheint uns diese Auffassung auch nur dann richtig zu sein, wenn der Betreibungsbeamte ein ständiger Beamter wäre, was eben unser Gesetzgeber zwar wollte, was er aber, nach den kantonalen Einführungsgesetzen zu schliessen, nicht durchzubringen vermochte.

³ Vgl. Commentar zum BG. ad Art. 2 Note 2.

⁴ Vgl. § 10 sub II.

⁵ Dies ist auch dann per Analogie anzunehmen, wenn beim Sachwalter fruchtlose Pfändung stattfand.

fällt, so wird der auf Grund des Art. 16 vom Bundesrathe festzusetzende Gebührentarif wahrscheinlich diese Frage lösen.

5. Haftung des Sachwalters. Aus seiner Stellung als eines Mandatars geht Haftpflicht für getreue und sorgfältige Ausführung seines Amtes hervor⁶; er ist daher der Nachlassbehörde für *omnis culpa* verantwortlich. Gilt dies auch dann, wenn der Betreibungsbeamte oder ein Concursbeamter Sachwalter ist? Die Frage ist u. E. zu bejahen aus den zwei folgenden Gründen:

a. Der Entstehungsgeschichte unsers Artikels entnehmen wir, dass in dem, auf Grund der ersten Lesung der Bundesversammlung ausgearbeiteten, bundesrätlichen Entwürfe vom 27. I. 1888 im damaligen Art. 19 al. 2 der Zusatz eingeschoben wurde: „Die Art. 4—6, 10—15 sind auf den Sachwalter anwendbar“ und hiezu in der den Entwurf begleitenden Bundesbotschaft⁷ bemerkt wurde, dieser Zusatz habe zum Zwecke, den Sachwalter bezüglich Verantwortlichkeit und Disciplinaraufsicht dem Betreibungsbeamten gleichzustellen. Nun ist aber im endgültigen Gesetz die Verweisung auf jenen Artikel, welcher die Haftbarkeit des Betreibungsbeamten regelt, fallen gelassen worden und scheint uns hieraus hervor zu gehen, dass die Bundesversammlung anderer Ansicht gewesen sei und darum jenen Zusatz theilweise gestrichen habe; denn es blieb nur noch die Verweisung auf die Art. 8, 11 u. 17.

b. Eine Parallele zwischen Sachwalter und Betreibungsbeamten bez. ihrer Stellung lässt sich nicht wohl ziehen. Eine solche kann u. E. nur gezogen werden einerseits zwischen der Nachlassbehörde und dem Betreibungs- resp. Concursbeamten, denn deren Ernennung kommt der öffentlichen Gewalt zu; anderseits zwischen dem Sachwalter und dem Angestellten des Betreibungs- oder Concursamtes, welche beide die mit gewissen Functionen betrauten Mandatare jener sind. Während der Betreibungsbeamte oder der Concursbeamte direct von der öffentlichen Gewalt gewählt wird, so setzt die Ernennung des Sachwalters die Ernennung der Nachlassbehörde voraus. Wie der

⁶ Vgl. S. O. R. Art. 396.

⁷ Vgl. Bbl. 1888 I p. 358.

Angestellte im Concurs- oder Betreibungsamt, wird er erst in 2. Linie ernannt. Da nun deren Verantwortlichkeit sich nach dem S. O. R. bestimmt^s, so wird auch bei der Haftung des Sachwalters, selbst wenn er Betreibungsbeamter oder ein Concursbeamter ist, auf das S. O. R. zurückzugreifen sein. So merkwürdig vielleicht das Resultat, dass der Betreibungs- resp. Concursbeamte je nach der Stellung, in welcher er in Thätigkeit tritt, verschiedener Haftung unterliegt, erscheinen mag, so lässt es sich u. E. doch auch innerlich begründen, indem die Function jenes als Sachwalters keine eigentliche Amtsthätigkeit ist, mithin auch von ihm nicht die nämliche Sorgfalt verlangt werden kann.

Mittelbar folgt endlich aus unsern obigen Ausführungen, dass die Nachlassbehörde einer nämlichen Haftpflicht, wie das Betreibungs- resp. Concursamt unterliegt; das Gesetz hat aber die Frage offen gelassen.

III. Es erübrigt uns noch, den wichtigsten Theil des Mandats des Sachwalters, nämlich den Inhalt desselben zu erörtern. Derselbe ist gesetzlich bestimmt und findet sich in den Art. 295 al. 2—3, 299, 300, 301, 302 al. 1, 304 al. 1 aufgezeichnet. Danach ist der Sachwalter im allgemeinen mit der Leitung des Nachlassverfahrens betraut und hat speciell das Interesse der Gläubiger zu wahren. Bei seinen Functionen sind auseinanderzuhalten sein Verhältniss zum Schuldner, wie es schon zum Theil aus § 11 hervorgieng, und seine selbstständige, vom Schuldner unabhängige Thätigkeit, bestehend in der Vermögensfeststellung. Der Erörterung dieser seiner Aufgaben sind aber noch die Vorschriften des Gesetzes über die allgemeine Geschäftsführung des Sachwalters vorzuschicken.

1) Dieselben ergeben sich aus den Art. 8 u. 17, auf welche Art. 295 al. 3 verweist.

Der Sachwalter hat über seine Amtsverrichtungen, sowie über die bei ihm einlaufenden Begehren und Erklärungen Protocoll zu führen; jedermann, der ein Interesse nachweist,

^s Vgl. Commentar zum BG. ad Art. 5 Note 2, die allerdings in Absatz 2 u. E. sich widerspricht. Oder ist das Betreibungs- und Concursamt nicht auch eine Behörde?

kann das Protocoll einsehen und sich Auszüge aus demselben geben lassen. Dasselbe ist, Gegenbeweis vorbehalten, für seinen Inhalt beweiskräftig⁹. Es versteht sich von selbst, dass das Interesse ein vermögensrechtliches sein muss¹⁰. Gegen jede Verfügung des Sachwalters kann bei der Nachlassbehörde Beschwerde geführt werden, sei es, dass dieselbe Vorschriften dieses Gesetzes verletzt, sei es, dass sie den Verhältnissen nicht angemessen sei; „darin soll das Gegengewicht gegen die allzugrosse Machtvollkommenheit des Sachwalters liegen“¹¹. Die Beschwerde muss binnen 10 Tagen seit dem Tage, an welchem der Beschwerdeführer von der Verfügung Kenntniss erhalten hat, angebracht werden.

2) Was nun die Stellung des Sachwalters zum Schuldner betrifft, so ist dieselbe schon im vorigen Paragraph im wesentlichen fixirt worden. Vor allem hat der Sachwalter ein allgemeines Aufsichtsrecht über den Geschäftsbetrieb des Schuldners, kraft dessen er ihm Weisungen ertheilen, das heisst, den Schuldner in seiner freien Thätigkeit einschränken darf. Jene sollen aber, wie oben gezeigt wurde, nicht weiter gehen, als es das Interesse der Gläubiger nöthig macht; hierfür hat der Sachwalter als der mit der Wahrung der Gläubigerinteressen betraute Beamte einzustehen. Principiell soll daher der Schuldner zu allen Rechtshandlungen dispositionsfähig sein, bei welchen das Interesse der Gläubiger nicht verletzt wird. Da sich aber das letztere in den Weisungen des Sachwalters verkörpert, so kann dieser durch seine Zustimmung mit Ausnahme der im Art. 298 al. 1 absolut verbotenen Rechtsgeschäfte jede Rechtshandlung des Schuldners anerkennen und so dessen Dispositionsbeschränkung ergänzen. Dagegen ist es dem Sachwalter untersagt, für eigene Rechnung bezüglich eines zum Vermögen des Schuldners gehörigen Vermögensrechtes mit irgend einem Dritten Rechtsgeschäfte abzuschliessen; Rechtshandlungen, die dieser Vorschrift zuwiderlaufen, sind ungültig, d. h. nichtig¹². Als Correctiv gegen die

⁹ Eine BR. Vollziehungs-Verordnung wird die Art der Protocollführung näher bestimmen.

¹⁰ Vgl. Commentar zum BG. ad Art. 8 Absatz 2.

¹¹ Vgl. Commentar zum BG. ad Art. 17 Note 3.

¹² Vgl. BG. Art. 11.

Weisungen des Sachwalters steht dem Schuldner das schon sub 1 erwähnte Beschwerderecht zu. Das Aufsichtsrecht ist aber für den Sachwalter auch nothwendig für seine selbständige Amtsthätigkeit der

3) Vermögensfeststellung. Bei derselben haben wir zuerst die Feststellung der Activen, dann die der Passiven zu besprechen.

a. Activmasse. Nach Art. 299 hat der Sachwalter sofort nach seiner Ernennung ein Inventar über sämtliche Vermögensbestandtheile des Schuldners aufzunehmen und die einzelnen Vermögensstücke zu schätzen. Die Inventaraufnahme des Sachwalters unterscheidet sich von der des Concursamtes im Concurs namentlich dadurch, dass hier nicht, wie dort, die meisten Vermögensstücke, so lange sie noch nicht inventarisirt sind, unter Siegel gelegt werden¹³. Während das Concursamt berechtigt ist, alle zur Sicherung des in die Concursmasse fallenden Vermögens nothwendigen Massregeln zu treffen, so soll beim Nachlassvertrag, der ja nur dem bedrängten und ehrlichen Bürger zu theil werden soll, das Aufsichtsrecht des Sachwalters über den Schuldner genügen. Im Inventar ist der Schätzungswerth jedes Vermögensstückes anzugeben. Hiemit wird dem Sachwalter eine schwere Aufgabe zugemuthet, bei deren Lösung ihm wohl Herbeiziehung von Sachverständigen zu gestatten sein wird, obgleich das Gesetz dies nicht erwähnt; immerhin aber nur, so weit dies innerhalb der Stundungsfrist geschehen kann. Mit vollem Recht verlangt daher das Gesetz, dass der Sachwalter sofort zur Inventaraufnahme schreite und, wo etwas verwickeltere Verhältnisse vorliegen werden, wird die Stundungsfrist wohl immer verlängert werden müssen.

Die von unserm Gesetz für das Inventar im Concurs aufgestellten Vorschriften müssen u. E. vom Sachwalter auch beim Inventar im Nachlassverfahren beobachtet werden¹⁴. Es sind daher im Inventar in erster Linie die dem Schuldner zu Eigenthum gehörigen Mobilien und Immobilien aufzuführen. Die letztern sind aus dem Grundbuche zu ersehen. Obwohl eigentlich

¹³ Vgl. BG. Art. 221 u. 223.

¹⁴ Vgl. BG. Art. 225—226.

zur Passivmasse gehörend, so sollen die aus den öffentlichen Büchern ersichtlichen Rechte Dritter an den Liegenschaften im Inventar von Amtswegen vorzumerken sein. Mobilien des Schuldners, an denen Pfandrechte haften, werden unter Vorbehalt des den betreffenden Pfandgläubigern gesicherten Vorzugsrechtes inventarisirt. Sachen, die als Eigenthum dritter Personen bezeichnet oder von dritten Personen als ihr Eigenthum beansprucht werden, sind unter Vormerkung dieses Umstandes gleichwohl im Inventar aufzunehmen¹⁵; desgleichen auch die im Art. 92 aufgezählten, der Pfändung und Concursliquidation entzogenen Gegenstände, welche das *beneficium competentiae* des Schuldners ausmachen. Eine andere Frage ist es, ob dieselben wegen ihrer Ausnahmestellung auch geschätzt werden müssen, und der geschätzte Werth als Activum in die Bilanz aufgenommen werden soll. Das Gesetz lässt die Frage offen. Wir neigen uns eher der letztern Ansicht zu, weil ihre Ausnahmestellung im Concurs und bei fruchtloser Pfändung sich allein rechtfertigt aus der den letztern eigenthümlichen Natur, das ganze schuldnerische Vermögen aufzuzehren, eine Eigenschaft, die dem Nachlassverfahren nicht zukömmt, mithin die *ratio legis* dieser Bestimmung für den Nachlassvertrag wegfällt. Richtigerweise sollen daher die in Art. 92 aufgezählten Gegenstände, wie Ansprüche des Schuldners sowohl im Inventar aufgenommen werden, als auch ihr Schätzungswerth einen Bestandtheil der Activen bilden.

Des weitern sind im Inventar alle dinglichen Rechte an fremder Sache, in denen der Schuldner der Berechtigte ist, aufzuzeichnen.

Bezüglich der Forderungsrechte des Schuldners ist zu bemerken, dass Geldforderungen desselben, die einen Markt- und Börsenpreis haben, zu diesem und nicht zu ihrem Nominalwerthe zu berechnen sind. Befristete Forderungen sind unter Abzug des *Interusuriums* zu werthen, bedingte nach dem Gutdünken des Sachwalters. Denn nach unserm Gesetz stellt der Sachwalter

¹⁵ Unser Gesetz huldigt also weder der deutschen Theorie, welche diese Objecte gar nicht berücksichtigt, noch der alten englischen Theorie des *reputed ownership*, wonach die mit dem Willen des Eigenthümers sich im Besitz des Schuldners befindenden Sachen zum Schutze des Credits als Activen desselben gelten sollen.

allein die Activen fest und findet eine Mitwirkung der Nachlassbehörde nur statt bezüglich der in die Passivmasse gehörigen bestrittenen, befristeten und bedingten Forderungen¹⁶. Forderungen des Schuldners, die nicht eine Geldzahlung zum Gegenstand haben, müssen im Inventar in Geldforderungen von entsprechendem Werth umgewandelt werden¹⁷.

In letzter Linie sollen im Inventar auch etwaige Erbanwartschaften des Schuldners vorgemerkt werden; denn da dieser Punkt, wie wir später sehen werden, bei Bestätigung des Nachlassvertrags der Cognition der Nachlassbehörde unterliegt¹⁸, so ist es angezeigt, dass derselbe schon vom Sachwalter aufgeklärt werde.

b) Passivmasse. Um die Begründetheit des vom Schuldner eingegebenen Nachlassbegehrens beurtheilen und den Gläubigern einen annehmbaren Entwurf unterbreiten zu können, muss zur Bestimmung der Activen noch die der Passiven hinzukommen. Die Feststellung der Passivmasse ist aber auch noch in dem Sinne von grosser Bedeutung, dass sie Klarheit bringt über die vom Schuldner gepflogenen Geschäfte, über die Qualität seiner Gläubiger, über sein Geschäftsgebahren und seine ehrliche Handlungsweise. Sie wird eingeleitet durch die im Art. 300 al. 1 vorgeschriebene öffentliche Bekanntmachung des Sachwalters, durch welche er die Gläubiger des Schuldners auffordert, ihre Forderungen binnen 20 Tagen einzugeben, mit der Androhung, dass sie im Unterlassungsfall bei den Verhandlungen über den Nachlassvertrag nicht stimmberechtigt wären.

Der Zeitpunkt, in welchem der Sachwalter diese Publication vornimmt, welche wiederum je nach der Person des Schuldners nur im kantonalen Amtsblatt oder in diesem und dem schweizerischen Handelsamtsblatt zu erfolgen hat, ist seinem Ermessen überlassen. Principiell hat er aber im Interesse einer möglichst raschen Abwicklung des Nachlassverfahrens darauf zu achten, dass die Feststellung der Passiven noch ganz in die Zeit der Inventaraufnahme falle. Daher soll er sie spätestens einrücken lassen am 20. Tage vor dem Tage, an welchem er das Inventar

¹⁶ Vgl. BG. Art. 305 al. 3, 310.

¹⁷ Vgl. BG. Art. 211.

¹⁸ Vgl. BG. Art. 306 Ziff. 2.

fertig gestellt haben wird. Da der Sachwalter laut Art. 301 bezüglich jeder Forderung die Erklärung des Schuldners einholen muss, Forderungen aber bis und mit dem 20. Tage Abends 6 Uhr eingegeben werden dürfen, so bemisst sich die Frist für Fixirung der Passiven auf höchstens 21 Tage. Als erster Tag der Frist wird derjenige gerechnet, der der Publication zur Anmeldung folgt.

An die Versäumung dieser Frist knüpft sich für die Gläubiger der wichtige Rechtsnachtheil, „dass sie bei den Verhandlungen über den Nachlassvertrag nicht stimmberechtigt sind“; ebenso der italienische Text: „non avranno diritto del voto nelle deliberazioni sul concordato“; etwas allgemeiner der französische Text: „sous peine d’être exclus des délibérations relatives au concordat“. Die Frist ist also eine zerstörende; der Rechtsnachtheil, der sich an ihre Versäumung knüpft, ist aber nicht etwa gänzlicher Ausschluss vom Nachlassvertrag, sondern nur vom Nachlassverfahren. Der Sinn der Vorschrift ist der, dass diese Gläubiger, trotzdem sie an den Verhandlungen über den Nachlassvertrag weder berathend noch stimmend theilnehmen dürfen, — hierin beruht eben der Rechtsnachtheil — dennoch an das Resultat, das bei demselben herauskommt, gebunden sind. Noch deutlicher sprach dies der Entwurf des BR. vom 23. II. 1886 im Art. 27 al. 2 aus: „Gleichzeitig ist den Gläubigern mitzutheilen, dass im Unterlassungsfall ihre Rechtsansprüche zwar nicht hinfällig werden, sie selbst aber weder bei der Berechnung der für das Zustandekommen des Concordats erforderlichen Mehrheit mitgezählt, noch zur Gläubigerversammlung würden aufgeboden werden“. Die Fassung des Artikels ist in der Berathung geändert worden, der Sinn aber nicht.

Welche Gläubiger haben sich nun innerhalb dieser Frist anzumelden? Die Frage kann auf Grund von Art. 300 al. 1 allein nicht beantwortet werden, weil derselbe u. E. eine incorrecte Fassung hat. Er sagt: „Die Gläubiger werden aufgefordert, ihre Forderungen einzugeben unter Androhung, dass im Unterlassungsfalle sie bei den Verhandlungen über den Nachlassvertrag nicht stimmberechtigt wären“. Offenbar geht diese Aufforderung nur die Gläubiger an, bei welchen ein solcher Ausschluss stattfinden kann. Folglich brauchen ihre Forderungen nicht anzumelden die Gläubiger, welche so wie so von Gesetzes wegen von den

Nachlassverhandlungen ausgeschlossen sind, mit andern Worten nach Art. 305 al. 2 die pfandversicherten und privilegierten Gläubiger und die Ehefrau des Schuldners. Dies ergibt sich als logische Consequenz aus der Interpretation des Art. 300 al. 1. Dem widerspricht aber direct, dass einerseits Art. 305 al. 2 Satz 2 von einer Schätzung des Sachwalters bei pfandversicherten Forderungen spricht, eine solche aber deren Anmeldung zur Voraussetzung hat und dass andererseits im Art. 306 Ziff. 3 deutlich nur von den angemeldeten privilegierten Gläubigern die Rede ist. Danach haben sich beide dennoch anzumelden; aber der Rechtsnachtheil, der sie bei Unterlassung der Anmeldung trifft, muss ein anderer sein als der im Art. 300 al. 1 genannte. Für die pfandgesicherten Gläubiger besteht er u. E. darin, dass sie, falls ihr Pfand nicht die ganze Forderung deckt, für den ungedeckten Betrag gar nichts bekommen, statt mit demselben am Nachlassvertrag theilzunehmen; für die privilegierten Gläubiger besteht er darin, dass ihnen keine vollständige Befriedigung gesichert wird. Art. 300 al. 1 ist daher u. E. insofern ungenau, als er die sich nicht anmeldenden Gläubiger mit einem Rechtsnachtheil bedroht, welcher nicht auf alle, sondern nur auf eine bestimmte Classe derselben, nur auf die sog. Chirographargläubiger Anwendung finden kann. Per argumentum a contrario müssten nach Art. 300 al. 1 alle Gläubiger, die sich angemeldet haben, stimmberechtigt sein; dies widerspricht aber den Vorschriften des Gesetzes im Art. 305 al. 2.

Die beiden Fragen der Anmeldungspflicht und Stimmberechtigung sind daher scharf auseinander zu halten und haben wir die letztere erst im folgenden Paragraph zu erörtern. Zur Feststellung der Passiven ist aber entschieden nothwendig, dass alle Gläubiger sich anmelden und haben sie auch ein Interesse daran, weil im Unterlassungsfall jedem von ihnen ein gewisser Rechtsnachtheil droht. Nur dann, wenn auf der einen Seite ein Inventar, auf der andern ein möglichst vollständiges Schuldenverzeichniss vorhanden ist, kann der Sachwalter, nachdem er vorerst die den pfandversicherten Gläubigern zur Deckung dienenden Gegenstände ausgeschieden und für vollständige Befriedigung der privilegierten Gläubiger gesorgt hat, eine Bilanz ziehen, welche die Grundlage zu einem annehmbaren Entwurf des Nachlassvertrags bilden kann.

Nach Art. 301 hat der Sachwalter über die eingegebenen Forderungen die Erklärung des Schuldners einzuholen; der Sachwalter bringt dieselbe zu Protocoll¹⁹. Zweck dieser Einvernahme ist die Feststellung der bestrittenen und nicht bestrittenen Forderungen. Die Ansicht des Schuldners ist hier vorläufig entscheidend. Nachher hat aber noch laut Art. 305 al. 3 die Nachlassbehörde über Zulässigkeit und Bestand dieser Forderungen zu entscheiden und sind deshalb die Erklärungen des Schuldners bloss informatorischer Natur. Sie dienen der Nachlassbehörde sowohl als Material bei ihrer Entscheidung, als auch wird sich aus ihnen zeigen, ob derselbe dabei ehrlich gewesen sei. Das Gesetz lässt leider die Frage offen, welcher Zeitpunkt für die Vermögensfeststellung der massgebende sei; am zweckmässigsten ist als solcher der Tag der Publication und daher auch des Beginns der Nachlassstundung anzunehmen, weil mit diesem das eigentliche Nachlassverfahren eröffnet wird und der Gesetzgeber durch deren Rechtswirkungen eine gewisse Stabilität in den Bestand des schuldnerischen Vermögens hat bringen wollen.

§ 13. Die Gläubigerversammlung.

I. Ladung der Gläubiger. Gleichzeitig mit der öffentlichen Bekanntmachung des Sachwalters, in welcher er die Gläubiger auffordert, ihre Forderungen einzugeben, beruft er dieselben behufs Berathung und Beschluss über das Nachlassgesuch zu einer frühestens nach einem Monat abzuhaltenden Gläubigerversammlung ein¹.

Über den Zeitpunkt dieser Ladung vergleiche § 12 sub III, 3 b. Mit Recht sagt das Gesetz, die Versammlung solle frühestens einen Monat nach der öffentlichen Bekanntmachung stattfinden. Diese Frist wird nur bei Monaten mit 31 Tagen eingehalten werden können, denn rechnen wir zu der zwanzigtägigen Anmeldefrist noch einen Tag für die Einholung der Erklärung des Schuldners² und hiezu die zehntägige Frist der Acteneinsicht, so gelangen wir schon zu 31 Tagen; dies ist das Minimum der

¹⁹ Vgl. BG. Art. 295 al. 3; Art. 8.

¹ Vgl. BG. Art. 300 al. 2.

² Vgl. § 12 III, 3 sub b.

Zeit, die zwischen Publication und Versammlung liegen muss. Wenn der Sachwalter daher die im vorigen Paragraph bezüglich des Zeitpunktes der Bekanntmachung der Anmeldefrist gemachten Bemerkungen beobachtet, so sollte die Versammlung auch nie viel später als einen Monat nach derselben stattfinden und dies darf im Interesse der raschen Abwicklung des Verfahrens verlangt werden.

II. Die letzten 10 Tage vor der Versammlung haben die Acten zur Einsicht aufzuliegen³. Diese Frist muss zugleich mit der Ladung zur Gläubigerversammlung öffentlich bekannt gemacht und fixirt werden. Ist der Betreibungsbeamte oder ein Concursbeamter Sachwalter, so haben die Acten im Betreibungs- bzw. Concursamt aufzuliegen; ist er aber ein Dritter, so wird sich empfehlen — denn das Gesetz lässt die Frage offen — die Acten nicht etwa im Domicil des Sachwalters, sondern besser in einem öffentlichen Local zugänglich zu machen. Am geeignetsten wäre auch hier das Betreibungsamt, oder auch das Local der Nachlassbehörde, sofern der Schuldner sein Domicil am Orte des Sitzes derselben hat. Öffentliche Localitäten verdienen den Vorzug, weil sie nicht nur neutraler Natur, sondern auch den Gläubigern am ehesten bekannt sind.

Als Acten sind aber folgende Stücke aufzulegen:

1) das Nachlassbegehren des Schuldners enthaltend: Den Entwurf des Nachlassvertrags, die Bilanz, eventuell ein Verzeichniss der Geschäftsbücher und die Zustimmungserklärungen der Gläubiger.

2) der Entscheid der Nachlassbehörde über das Nachlassbegehren in seinem Wortlaut; dessen Motivirung, die ja hauptsächlich auf Benahmen und Ehrlichkeit des Schuldners abzustellen hat, dürfte für die Gläubiger von grossem Interesse sein⁴.

3) das vom Sachwalter aufgenommene Inventar mit der Schätzung der einzelnen Vermögensstücke.

4) das Verzeichniss sämtlicher angemeldeten, vom Schuldner bestrittenen oder unbestrittenen Forderungen.

³ Vgl. BG. Art 300 al. 2.

⁴ Trotzdem wir im § 8 den Entscheid der Nachlassbehörde als Beschluss qualificirt und ihm den Charakter eines Urtheils absprachen, so glauben wir doch, dass der Entscheid motivirt werden muss.

5) Das Protocoll über die Erklärungen des Schuldners bezüglich der angemeldeten Forderungen. Aus dem Umstand, dass die Ladung zur Gläubigerversammlung und zur Acteneinsicht in ein und derselben Bekanntmachung geschieht, kann u. E. nicht geschlossen werden, dass auch nur diejenigen Gläubiger, welche zur Theilnahme an der erstern berechtigt sind, das Recht der Acteneinsicht haben. Denn gewiss hat jeder Gläubiger, der seine Forderung angemeldet hat, ein Interesse, die Acten einzusehen, sowie nicht weniger die Schuldner, Mitschuldner, Bürgen oder andere Gewährspflichtige des Nachlasspetenten. Ihr Recht hiezu scheint uns aber in der Verweisung des Art. 295 al. 3 auf Art. 8 begründet zu sein, wo der Satz sanctionirt ist, dass allgemein jedermann, der ein vermögensrechtliches⁵ Interesse nachweist, zur Acteneinsicht berechtigt sei.

Nach Ablauf dieser zehntägigen Frist findet nun die Gläubigerversammlung statt. Der Ort, wo dieselbe abgehalten werden soll, ist vom Gesetz nicht bestimmt und wird je nach den Verhältnissen vom Sachwalter zu bezeichnen sein. Jedenfalls sollte — auch hierüber schweigt das Gesetz — in der öffentlichen Ladung zur Gläubigerversammlung sowohl der Ort derselben, als die Zeit ihres Beginns angegeben werden.

III. An der Gläubigerversammlung sind berechtigt theilzunehmen:

1) Der Sachwalter; er ist vom Gesetz im Art. 302 al. 1 zum Vorsitzenden der Versammlung und zur Leitung der Verhandlungen bestimmt.

2) Der Schuldner; nach Art. 302 al. 2 ist er gehalten der Versammlung beizuwohnen; in den frühern Entwürfen war der hier zu Grunde liegende Gedanke noch deutlicher ausgesprochen in dem Zusatz: „Sofern nicht unabwendbare Hindernisse ihn abhalten“. Denn der Schuldner soll sich seiner Pflicht, Auskunft zu ertheilen, nicht entziehen und wird sich auch im eigenen Interesse dem Erscheinen ohne Noth nicht entziehen. Bleibt der Schuldner aus, so soll u. E. die Versammlung dennoch stattfinden. Hingegen wird der Sachwalter in seinem später § 14 zu erörternden, der Nachlassbehörde unterbreiteten Gutachten über Annahme und Bestätigung letzterer hievon Kenntniss geben und

⁵ Vgl. § 12 III sub 1.

dieselbe wird in ihrem Entscheide in Berücksichtigung ziehen, ob der Schuldner entschuldbarer oder unentschuldbarerweise in der Versammlung fehlte.

3) Gewisse Kategorien von Gläubigern. Dieselben sind des nähern zu bestimmen.

Ganz ausgeschlossen von der Versammlung sind alle diejenigen Gläubiger des Schuldners, welche ihre Forderungen in der gesetzlichen Frist nicht eingegeben haben, also auch solche, die sich zwar angemeldet, aber zu spät angemeldet haben. Allein diese Umschreibung genügt noch nicht; denn, wie wir schon im vorigen Paragraph sahen, decken sich Anmeldepflicht und Stimmberechtigung beim Nachlassvertrag keineswegs.

Auch von den Gläubigern, die sich zeitig angemeldet haben, sind nicht alle berechtigt, an den Verhandlungen theilzunehmen; laut Art. 305 al. 2 sind nämlich ausgeschlossen: Die pfandversicherten Gläubiger, die privilegierten und die Ehefrau des Schuldners. Zu den privilegierten Gläubigern gehören hier nicht ohne weiteres diejenigen Gläubiger, die in die Gläubigerstellung erst während der Nachlassstundung getreten sind⁶, in jene Kategorie gehören nur die im Art. 219 aufgezählten Gläubiger. Doch können sowohl pfandversicherte, wie privilegierte Gläubiger und auch die Ehefrau des Schuldners auf ihr Pfand resp. Vorrecht verzichten und auf diese Weise Stimmberechtigung erlangen. Der Verzicht muss aber ausdrücklich⁷ geschehen und darf nicht etwa auf denselben aus dem blossen Erscheinen jener in der Versammlung geschlossen werden. Für die Ehefrau im speciellen, welche nach dem ausgesprochenen Willen des Gesetzgebers mit dem nicht privilegierten Theil ihrer Forderung gänzlich ausgeschlossen sein soll⁸, kommt hier die Frage in Betracht, ob dies auch der Fall bleibe, wenn sie auf ihr Privilegium verzichte. Die Frage ist u. E. zu bejahen; denn bei entgegengesetzter Annahme könnte die Ehefrau in gewissen Fällen hiebei ein gutes Geschäft machen⁹

⁶ Eine Analogie dieser mit den Massegläubigern des Concurres darf u. E. nicht gezogen werden. Vgl. § 12 i. f.

⁷ Art. 306 Ziff. 3 des französischen Textes heisst: *sauf renonciation expresse de la part des créanciers*.

⁸ Vgl. P. St. C. p. 47—48 und § 7 III sub 4.

⁹ Beispiel: Die Frauengutsforderung beträgt Fr. 10000; privilegiert und somit der Frau, wenn sie sich anmeldet, im Nachlassvertrag vollständig

und ein solches will offenbar der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung verhindern. Den pfandversicherten Gläubigern gestattet Art. 305 al. 2, eine Schätzung ihres Pfandes durch den Sachwalter zu verlangen; ergibt sich hiebei, dass dasselbe nicht den ganzen Betrag ihrer Forderung deckt, so werden sie für den ungedeckten Betrag ihrer Forderung berechtigt, in der Versammlung mitzustimmen. Eine Schätzung aller pfandversicherten Forderungen durch den Sachwalter von Amtes wegen kann u. E. nicht aus Art. 305 al. 2 gefolgert werden.

Alle übrigen Gläubiger, welche ihre Forderungen eingegeben haben, sind ohne Ausnahme und in jedem Fall berechtigt, an der Versammlung theilzunehmen und in derselben zu stimmen. Dies gilt auch für die Gläubiger bedingter Forderungen¹⁰ oder solcher mit unbestimmter Verfallzeit oder endlich bestrittener Forderungen. Gegenüber dem allerdings auf Grund des Gesetzes denkbaren Einwande, dass, da über die Zulassung dieser Kategorie von Forderungen erst die Nachlassbehörde entscheide, vorher von einer solchen nicht die Rede sein könne, halten wir dennoch an obiger Ansicht fest, weil dieselben im Art. 305 al. 2, der die Ausnahmen von der Stimmberechtigung aufzählt, nicht genannt sind. Hat diese Auffassung allerdings den Nachtheil, dass, da die Nachlassbehörde erst nach der Abstimmung entscheidet, ob und zu welchem Betrage dieselben zuzulassen seien, infolge dessen eine scheinbar erreichte Majorität wieder umgestossen werden kann, so hat sie u. E. doch den folgenden überwiegend grossen Vortheil für sich. Der mit Berücksichtigung auf das Princip der vorläufigen Zulassung vom Sachwalter entworfene Nachlassvertrag kann durch spätern Wegfall einzelner dieser Gläubiger sich nur günstiger gestalten, während im umgekehrten Falle eine Verschlechterung der Bedingungen eintreten müsste und eine solche, da zu derselben die frühere Zustimmung der Gläubiger nicht präsumirt werden könnte, eine neue Versammlung nothwendig machte. Dies spricht u. E. zwingend für unsere Ansicht. Hienach ist es

gesichert, ist die Hälfte = Fr. 5000. Giebt nun ihr Ehemann 60% und seine Frau verzichtet auf ihr Privilegium, so bekäme sie auf die von ihr angemeldete Forderung von Fr. 10000 die Summe von Fr. 6000, also Fr. 1000 mehr, als wenn sie von ihrem Privilegium Gebrauch gemacht hätte; umgekehrt ist das Resultat, sobald der Schuldner weniger als 50% zahlt.

¹⁰ Zu diesen gehören insbesondere die in Art. 303 Genannten.

in das Ermessen der Nachlassbehörde gestellt, zu entscheiden, ob und zu welchem Betrage Bürgen, Mitschuldner oder Gewährspflichtige des Nachlasspetenten bei der Mehrheitsberechnung mitzuzählen sind; einstweilen hat jeder sowohl eine Kopfstimme, als stimmt auch im Betrag seiner Regressforderung mit. Es zeigt sich hier wieder die Wünschbarkeit einer Centralinstanz. Art. 303 al. 2—3 derogirt diesem Grundsatz nicht; denn in dem Falle des al. 2 ist die Stellung der Bürgen etc. keine bedingte mehr, in dem Falle des al. 3 handelt es sich um gewöhnliche Stimmrechtsbevollmächtigung.

Gläubiger aus blossen Naturalobligationen können, weil ihnen überhaupt das Recht fehlt, ihre Forderungen einzuklagen, darum auch nicht an den Verhandlungen über den Nachlassvertrag theilnehmen.

IV. Der Verlauf der Gläubigerversammlung ist der folgende:

1) Die Versammlung wird durch den Sachwalter als Vorsitzenden eröffnet und muss mit der Legitimation der anwesenden Gläubiger beginnen. Wie hat dieselbe zu geschehen? Das Gesetz lässt auch diese Frage unbeantwortet. Die Anerkennung der Gläubiger und Forderungen durch den in der Versammlung anwesenden Schuldner ist u. E. ungenügend, nicht bezüglich Gläubiger, deren Forderungen vom Schuldner bestritten werden, denn diese werden ja, wie schon erwähnt, nur provisorisch zur Abstimmung zugelassen, sondern vielmehr bezüglich solcher Gläubiger, deren Forderungen vom Schuldner zwar unbeanstandet, in That und Wahrheit aber erdichtet sind. Bei Gläubigern, die, wie die letztern, mit dem Schuldner unter einer Decke stecken, kann Legitimation durch die Erklärung des Schuldners nicht mehr genügen. Es wäre daher sehr wünschenswerth, dass die vom BR. zu erlassende Vollziehungsverordnung über diesen Punkt Klarheit schaffte.

Eine weitere Frage, die das Gesetz offen lässt, ist die der Stellvertretung der Gläubiger in der Versammlung. Eine solche muss u. E. nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen als zulässig erklärt werden, insofern sich der Bevollmächtigte über seine Vollmacht urkundlich ausweist. Im übrigen wird diese Frage von nicht zu grosser Tragweite sein, da es ja jedem Gläubiger gestattet ist, noch 10 Tage nach der Versammlung seine Stimme

schriftlich einzureichen, seine Anwesenheit in der Gläubigerversammlung mithin nicht absolut nothwendig ist ¹¹.

Aus dem gleichen Grunde schreibt das Gesetz — und gewiss hier mit Recht — auch nicht eine bestimmte Zahl anwesender Gläubiger zur Beschlussfähigkeit ¹² der Versammlung vor. Sie findet immer statt; erscheint aber kein Gläubiger, so wird eben der Sachwalter die Versammlung, wenn man von einer solchen überhaupt hier noch sprechen will, gleich nach der Eröffnung als geschlossen erklären und in den folgenden 10 Tagen die etwa eintreffenden Zustimmungserklärungen zu Protocoll bringen ¹³.

2) Es folgt der Bericht des Sachwalters über die Vermögenslage des Schuldners, auf welcher der vorgeschlagene Nachlass basirt. Hier wird sich aus der Übereinstimmung der im Nachlassbegehren vom Schuldner geschilderten Situation mit seiner jetzigen wirklichen Vermögenslage zeigen, ob er damals ehrlich und redlich gehandelt hat und ob er darum verdient, der Rechtswohlthat des Nachlassvertrags theilhaftig zu werden. Erscheint der Bericht den Gläubigern ungenügend, so ist es ihnen unbenommen, sowohl vom Sachwalter als vom Schuldner weitere Aufschlüsse zu verlangen; dazu ist ja der letztere anwesend. Nach dem Schluss des Berichtes und sofern kein Gläubiger mehr das Wort verlangt, kann nun geschritten werden zum:

V. Beschluss über den Nachlassvertrag. Das Verfahren hiebei ist folgendes: Der vom Sachwalter auf Grund der Vermögenslage des Schuldners vorgeschlagene Nachlassvertrag wird den Gläubigern zur unterschriftlichen Genehmigung vorgelegt ¹⁴. Eine Abstimmung im engern Sinne des Worts findet also nicht statt; vielmehr haben die anwesenden und somit stimmbe-

¹¹ Nicht zu verwechseln mit dieser Stellvertretung ist die des Art. 303 al. 3, wo der Bürge nicht bloss als Bevollmächtigter, sondern als Cessionar des Gläubigers erscheint. Vgl. § 15.

¹² Das Gegentheil lässt sich u. E. nicht aus Art. 302 al. 3 herleiten; derselbe sagt nur, dass, falls Gläubiger da seien, ihnen der Entwurf unterbreitet werden müsse.

¹³ Vgl. BG. Art. 295 al. 3 u. Art. 8.

¹⁴ Vgl. BG. Art. 302 al. 3—4. Anders das englische Recht, nach welchem jeder Gläubiger durch einen nach gesetzlicher Vorschrift aufgesetzten, von einem Zeugen unterschriebenen Brief seine Stimme dem Official Receiver bis zum Abend vor der 2. Versammlung einsenden kann.

berechtigten Gläubiger oder deren Bevollmächtigte, wenn sie sich für Annahme des Nachlassvertrags aussprechen wollen, den Entwurf eigenhändig zu unterzeichnen und so durch ihre Unterschrift ihr Einverständniss mit demselben zu bekunden. Anwesende Gläubiger, welche den vorgeschlagenen Nachlassvertrag nicht genehmigen wollen, enthalten sich jeder Erklärung; denn der Entwurf wird den Gläubigern nur zur unterschriftlichen Genehmigung vorgelegt. Damit ist auch glücklich die Möglichkeit einer dritten Meinung vermieden.

Nicht anwesende, aber stimmberechtigte, ferner anwesend gewesene Gläubiger können ihre Zustimmungserklärungen auch noch innerhalb der nächsten 10 Tage nach der Versammlung geben, sei es durch Unterzeichnung des Entwurfs beim Sachwalter, sei es durch schriftliche Zustellung. Die Frist endet mit dem 10. Tage Abends 6 Uhr nach der Versammlung.

Das endgültige Ergebniss kann also erst am 11. Tage nach der Gläubigerversammlung vom Sachwalter festgestellt werden. Dasselbe entscheidet über Annahme oder Nichtannahme des Nachlassvertrags durch die Gläubiger; dies ist die technische Bezeichnung des Gesetzes. Damit aber Annahme vorhanden sei, muss eine qualificirte Mehrheit in doppelter Richtung vorliegen: Einmal begnügt sich das Gesetz nicht mit blosser Personenmehrheit, sondern verlangt zugleich noch Summenmehrheit und bei diesen beiden nicht einfache, sondern mehr als einfache Majorität.

Art. 305 al. 1 lautet nämlich: „Der Nachlassvertrag gilt als angenommen, wenn zwei Drittheile der Gläubiger demselben zugestimmt haben und die von ihnen vertretene Forderungssumme zwei Drittheile des Gesamtbetrags der Forderungen ausmacht“. Hienach stellt das Gesetz für sämtliche stimmberechtigte Gläubiger die Präsuntion auf, dass sie, sofern sie weder in der Versammlung, noch in den nächstfolgenden 10 Tagen den Nachlassentwurf genehmigt haben, für Verwerfung desselben seien. Diese Vorschrift bedarf noch der nähern Erörterung, und es ist zunächst die Frage zu prüfen, ob sich eine doppelte Majorität rechtfertigt.

Dies ist ganz entschieden zu bejahen mit Rücksicht auf die concreten Verhältnisse; der beste Beweis dafür ist, dass die uns vorliegenden Gesetze von Belgien, Frankreich, Genf und Neuen-

burg eine solche auch adoptirt haben. Steigt auch einerseits das zu berücksichtigende Interesse eines Gläubigers am Nachlassvertrag im Verhältniss zur Höhe seiner Forderung, verlangt dieser Umstand daher eine Summenmehrheit, so soll dieselbe doch nicht in ein solches Übergewicht kommen, dass durch sie alle kleinern Gläubiger einflusslos werden; diesen zu Liebe muss auch Personenmehrheit vorhanden sein. Denn nur zu oft kommt es vor, dass der Schuldner durch geheime Begünstigungen seiner Hauptgläubiger sich deren Stimme zu erschleichen weiss, und dass dann die übrigen Gläubiger geprellt sind.

Über diesen Punkt entspann sich auch keine Discussion in den Räthen, wohl aber über die Frage der in jedem Fall zu fordernden Mehrheit¹⁵. Einerseits wurde in der nationalrätthl. Commission die Herabsetzung der qualificirten auf die absoluten Mehrheiten mit grossem Mehr verworfen, andererseits in der ständerätthl. Commission der Antrag eingebracht, den Gläubigern überhaupt keinen Beschluss über den Nachlassvertrag zu gestatten, was aber von Seite der Gesetzesredactoren energisch zurückgewiesen wurde; denn da ein Nachlassvertrag nicht bloss im Interesse des Schuldners, sondern auch in dem der Gläubiger eingeführt werden solle, so sei dessen nothwendige Vorbedingung Zustimmung einer Mehrheit von Gläubigern. Dieser Gesichtspunkt trifft bei unserm Gesetze noch mehr als bei seinen Vorbildern zu, da die Gläubiger sonst gar keinen Einfluss auf das Verfahren besässen; denn auch bei Ernennung des Sachwalters und bei dessen Amtsführung haben sie kein Recht mitzusprechen. Die in unserm Gesetz endgültig angenommene Zwei-Drittheils-Mehrheit entspricht im übrigen den meisten der modernen Gesetze, in welchen die Tendenz eher nach der absoluten Mehrheit geht¹⁶. Um das Resultat festzustellen, hat also der Sachwalter die Zahl der Gläubiger, welche dem Nachlassvertrag zugestimmt haben und die Summe der von den letzteren vertretenen Forderungen zu vergleichen mit der Zahl der überhaupt stimmberechtigten

¹⁵ Vgl. P. St. C. p. 11, 52; P. N. C. p. 21 und Bericht p. 11.

¹⁶ Genf (1880) Art. 17: Personen-Mehrheit $\frac{1}{2}$ Summen-Mehrheit $\frac{3}{4}$
 Belgien (1883) „ 2: „ $\frac{1}{2}$ „ $\frac{3}{4}$
 Neuenburg (1885) „ 12: „ $\frac{2}{3}$ „ $\frac{3}{4}$
 Frankreich (1889) „ 453: „ $\frac{1}{2}$ „ $\frac{2}{3}$
 Schweiz (1889) „ 305: „ $\frac{2}{3}$ „ $\frac{2}{3}$

Gläubiger und dem Gesamtbetrag der von diesen angemeldeten Forderungen. Ergibt sich in beiden Fällen eine Zwei-Drittheils-Mehrheit, so gilt der Nachlassvertrag als angenommen. Das Stimmrecht jedes Gläubigers ist also ein doppeltes; er zählt mit seiner Person und mit seiner Forderung. Solidar-Gläubiger haben ebenso viele Kopfstimmen als ihre Zahl ist, aber nur eine Stimmenstimme. Ein Gläubiger mit mehreren Forderungen hat nur eine Kopfstimme und nur eine Stimmenstimme; die letztere im Betrag der Summe seiner Forderungen.

Wird nur eine Mehrheit erreicht, so gestattet unser Gesetz nicht, wie die R. C. O.¹⁷ eine Wiederholung der Abstimmung. In diesem Falle, wie in dem Falle, wo keine der beiden Mehrheiten erreicht wird, fällt aber die Nachlassstundung nicht ipso jure dahin, sondern es bedarf zur Aufhebung derselben des Entscheids der Nachlassbehörde. Über das diesbezügliche Verfahren vor derselben vergleiche § 14.

Der Sachwalter führt Protocoll über den ganzen Verlauf der Versammlung.

§ 14. Der Entscheid der Nachlassbehörde.

I. Die im Art. 305 al. 1 aufgestellte zur Annahme erforderliche Majorität genügt aber noch nicht, um den Nachlassvertrag allen Gläubigern gegenüber rechtsverbindlich zu machen; der einmal angenommene Nachlassvertrag muss noch dem Entscheid¹ der Nachlassbehörde unterbreitet werden; die Nothwendigkeit eines solchen wird weiter unten sub II nachgewiesen werden. Zu diesem Behufe übermittelt der Sachwalter², sobald die 10tägige Frist zur nachträglichen Zustimmung zum Nachlassvertragsentwurf abgelaufen ist, der Nachlassbehörde alle Actenstücke.

Zu den im vorigen Paragraph bezeichneten kommen noch hinzu:

¹⁷ Vgl. R. C. O. Art. 169 al. 2.

¹ Vgl. zu diesem § 14 BG. Art. 304, 305 al. 3 und 306.

² Er ist hiezu verpflichtet. Anders nach englischem Recht, nach welchem das Gericht nur auf Antrag des Schuldners oder Sachwalters, des sog. Official Receiver bestätigt oder verwirft.

- a. Das Protocoll der Gläubigerversammlung, enthaltend Bezeichnung der Anzahl der erschienenen Gläubiger, des Betrags und der Natur ihrer Forderungen, sowie allfällig von ihnen erhobene Einsprachen;
- b. Der Nachlassvertragsentwurf mit den Zustimmungserklärungen der Gläubiger auf demselben oder auf andern beizufügenden Schriftstücken.

Diese Acten sind begleitet von einem Gutachten des Sachwalters darüber, ob der Nachlassvertrag

- a. angenommen und ob er
- b. zu bestätigen sei.

Hienach entscheidet also der Sachwalter nicht endgültig, ob die Zwei-Drittheils-Mehrheit an Kopfzahl und-Forderungen erreicht worden sei; dies fällt in die Competenz der Nachlassbehörde, insbesondere wegen der in Art. 305 al. 3 bezüglich bedingter und bestrittener Forderungen aufgestellten Vorschriften. Ob nun die Mehrheit ganz offensichtlich, ob sie nur wahrscheinlich oder ob überhaupt nicht erreicht sei, in jedem Fall muss der Entscheid der Nachlassbehörde hinzukommen, und das Gutachten des Sachwalters über die Annahme (im technischen Sinne des Art. 305 al. 1) des Nachlassvertrags ist für sie nur informativischer Natur. Annahme und Bestätigung müssen scharf auseinander gehalten werden. Für die Lösung der erstern Frage ist einzig und allein die vorhandene Mehrheit massgebend und bei dieser kann wiederum nur streitig, daher auch das Gutachten des Sachwalters nur gerichtet sein auf die Behandlung, das heisst die Zulassung bedingter Forderungen, solcher mit ungewisser Verfallzeit und bestrittener Forderungen, eventuell auf den Betrag ihrer Zulassung.

Anders das Gutachten des Sachwalters bezüglich Bestätigung. Die letztere setzt, wie wir weiter unten sehen werden, abgesehen von der erforderlichen Majorität noch das Vorhandensein der im Art. 306 Ziff. 1—3 aufgestellten Bedingungen voraus und hängt desshalb wesentlich davon ab, ob der Schuldner als ein ehrlicher, unglücklicher Mann angesehen werden könne, was im Verlaufe des Nachlassverfahrens sich wohl immer zeigen wird. In diesem Punkte, zu dessen Beantwortung der Sachwalter nach den Bemühungen, die er zur Erzielung des Nachlassvertrags gemacht hat, am meisten geeignet ist, wird

der Nachlassbehörde sein Gutachten von grossem praktischem Werthe sein.

Dieses motivirte Gutachten ist u. E. mit Recht an die Stelle eines provisorischen Vorentscheids, den zu fällen die frühern Entwürfe dem Sachwalter das Recht gaben, getreten; denn derselbe hätte dem immer noch nothwendigen Entscheid der Nachlassbehörde doch nicht vorgegriffen³. Die Nachlassbehörde hat auf Grund der ihr eingelieferten Acten über Bestätigung oder Verwerfung in einer Verhandlung zu entscheiden. Die Zeit derselben soll öffentlich bekannt gemacht und mit der Anzeige an die Gläubiger verbunden werden, dass sie ihre Einwendungen gegen den Nachlassvertrag in der Verhandlung anbringen können.

Der Entscheid soll beförderlich getroffen werden⁴. Die Publication der Verhandlung findet durch das Amtsblatt des Kantons, in dem der Schuldner domicilirt ist, und, sofern er der Concursbetreibung unterliegt, zugleich durch das schweizerische Handelsamtsblatt statt. Über den Zeitpunkt der Publication, das heisst, wie viele Tage sie vor der Verhandlung zu geschehen habe, ferner, ob dieselbe erst nach Eingang der Acten stattfinden könne oder schon vorher, weil ja der Termin des Acteneingangs als frühestens des 11. Tags nach der Gläubigerversammlung zum voraus bestimmt sei, trifft das Gesetz keine Bestimmung. Einen Anhaltspunkt gewährt einzig die Vorschrift des Art. 304 al. 2, dass die Behörde beförderlich den Entscheid zu treffen habe. Hieraus kann gefolgert werden, dass die Verhandlung baldigst nach der Gläubigerversammlung stattfinden solle.

Eine zweckmässige Lösung dieser Frage dürfte sich aus folgender Interpretation des Art. 304 ergeben. Die Worte: „nach Ablauf von 10 Tagen unterbreitet etc.“ sind so auszulegen, dass der Sachwalter, sobald sie abgelaufen sind, sofort nach ihrem Ablaufe, in praxi also am 11. Tage schon sein Gutachten einzureichen hat, was für ihn keine Unmöglichkeit bedeutet. Denn der Inhalt des Gutachtens ist zum grössern Theil nicht von den Eingaben, für welche diese Frist gesetzt ist, abhängig und, soweit er es ist, nämlich bezüglich der Majoritätsberechnung, handelt es sich hier um ein einfaches Rechenexempel, da ja der

³ Vgl. Bbl. 1888 I p. 358.

⁴ Vgl. BG. Art. 304 al. 2–3.

Sachwalter sich darin wohl über Zulassung gewisser Forderungen auszusprechen hat, dieselben aber nach der im § 13 entwickelten Ansicht vorläufig zulassen muss. Rechnen wir hiezu noch 2—3 Tage für die Instruction der Nachlassbehörde resp. ihres Referenten, so ergäbe sich somit die Möglichkeit der Verhandlung schon circa 14 Tage nach der Gläubigerversammlung. Da aber der Zeitpunkt der letztern mindestens einen Monat zuvor veröffentlicht werden muss, so wird es der Nachlassbehörde nun leicht sein, den Tag der Verhandlung in einem Zeitpunkt zu publiciren, nach welchem den Gläubigern noch genügend Zeit bleibt, um sich auf allfällige von ihnen geltend zu machende Einwendungen vorzubereiten. Mit dieser Interpretation des Art. 304 al. 1⁵ wäre u. E. die rasche Abwicklung des Verfahrens, die ja in aller Interesse ist, auch in diesem Stadium gesichert.

II. Die Verhandlung vor der Nachlassbehörde bildet den Schlussstein des ganzen Nachlassverfahrens; in ihr wird der Nachlassvertrag von der Nachlassbehörde entweder bestätigt oder verworfen. Die Nothwendigkeit einer solchen Verhandlung ist nun in erster Linie darzulegen; denn man könnte leicht glauben, dass zur Rechtskraft des Nachlassvertrags schon die Zustimmung der vom Gesetz geforderten Gläubigermehrheit genüge. Dem ist aber nicht so. Dies geht sowohl aus der historischen Entwicklung unseres Institutes, wie auch aus der Vergleichung der modernen Gesetze über diesen Punkt hervor; sie alle verlangen zur Perfection des Nachlassvertrags, dass zu einer qualificirten Gläubigermehrheit die Bestätigung einer Behörde hinzukomme.

Die ratio legis dieser Bestimmung ist aber die folgende:

Wenn das Gesetz dem Nachlassvertrag Rechtsverbindlichkeit auch dem Gläubiger gegenüber, welcher sich gegen denselben erklärt hat, beilegen will, mithin seine Forderung infolge desselben auf einen gewissen Betrag reduzirt werden soll, ohne

⁵ Wir geben allerdings zu, dass unsere Interpretation keine zwingende ist und dass der Wortlaut des fraglichen Artikels ebenso sehr den Schluss erlaubt, dass der Sachwalter nur nicht vor Ablauf der Frist sein Gutachten eingeben dürfe, nachher aber nach seinem Ermessen. Da so der Zeitpunkt des Gutachtens und somit auch der Moment der Verhandlung unsicher würde, so könnte die Publication der letztern erst nach Eingabe der erstern stattfinden, was u. E. das ganze Nachlassverfahren zu sehr verlangsamten würde.

dass sich jener Gläubiger dessen erwehren kann, wenn das Gesetz einen solchen Eingriff in die wohlerworbenen Rechte des dem Nachlassvertrag widersprechenden Gläubigers unter gewissen Voraussetzungen sanctionirt und der Art eines der wichtigsten aller Rechtsprincipien, das der Vertragsfreiheit, verletzt, so ist es auch verpflichtet zu sorgen, dass die Interessen derjenigen, deren Forderungsrechte wider ihren Willen in ihrem Bestande eine Veränderung erleiden, ausreichend geschützt und gewahrt werden. Wenn das Gesetz des weitern nur dem unglücklichen Schuldner die Rechtswohlthat des Nachlassvertrags gewähren will und man bedenkt, wie leicht ein Schuldner mit heimlichen Umtrieben sich eine Gläubigermehrheit zu sichern weiss, so muss es sich auch Mittel und Wege vorbehalten, um zu untersuchen, ob der betreffende Schuldner auch wirklich der Rechtswohlthat würdig sei und ob er vor, wie während der Nachlassstundung in guten Treuen und ehrlich sein Geschäft betrieben habe. Wenn das Gesetz endlich durch den Nachlassvertrag nicht bloss den Schuldner vor gänzlichem Ruin retten, sondern auch das Interesse der Gläubiger möglichst wahren will, so soll es auch dafür besorgt sein, dass das, was den Gläubigern in demselben versprochen wird, ihnen auch wirklich zukommt.

Aus diesen Gesichtspunkten erhellt u. E. zur Genüge, dass das Gesetz sich nicht mit einer blossen Majorität der Gläubiger zufrieden geben darf, sondern dass, um alle im Nachlassvertrage in Frage kommenden Interessen zu befriedigen, mit Nothwendigkeit noch die Prüfung einer Behörde hinzukommen muss. Aus den obigen Ausführungen folgt ferner auch deutlich, dass das sog. Bestätigungs- resp. Verwerfungsrecht der Nachlassbehörde kein lediglich formales ist, dessen Eintritt nur vom Vorhandensein oder Fehlen einer gewissen Mehrheit abhängt, sondern dass es ein materielles Prüfungsrecht ist, und dass hier eine eingehende *causæ cognitio* stattfindet. Mit Recht bemerkt ein neuerer Schriftsteller⁶, dass dasselbe nicht sowohl bestätigender, als ergänzender, constitutiver Natur sei.

Principiell dürfte daher ein von sämtlichen Gläubigern angenommener Nachlassvertrag von der Nachlassbehörde ver-

⁶ Vgl. Oetker, Zwangsvergleich p. 62 in der Festschrift der Rostocker Juristenfacultät zu Ehren Windscheids, 1888.

Vgl. § 17.

worfen werden, nicht aber umgekehrt ein von keinem Gläubiger angenommener Nachlassvertrag dennoch von der Nachlassbehörde bestätigt werden; denn aus dem Vorhandensein einer gewissen Gläubigermehrheit soll die Nachlassbehörde schliessen können auf das, was als wirklicher Wille der Gläubiger anzusehen sei. Das Ermessen der Nachlassbehörde ist also nicht ein ganz freies, sondern ein nach einer Seite hin gebundenes und zwar durch die bloss negative Schranke, die ihr Bestätigung beim Fehlen der oben erörterten Mehrheit verbietet. Es ist desshalb falsch, wenn man heute noch vielfach liest, dass beim Nachlassvertrag die Minderheit durch die Mehrheit der Gläubiger majorisirt werde⁷. Denn da der Nachlassvertrag erst mit der Bestätigung durch die Nachlassbehörde den Gläubigern gegenüber rechtsverbindlich wird, und da von den bei ihrem Entscheid in Betracht kommenden Gesichtspunkten ausser dem Vorhandensein jener Gläubigermehrheit noch andere, wie wir oben gezeigt haben, ebenso sehr von der Nachlassbehörde müssen berücksichtigt werden, so stellt sich der durch die Rechtskraft des Nachlassvertrags den widersprechenden Gläubigern auferlegte Zwang nicht als alleinige nothwendige Folge aus dem Vorhandensein jener Gläubigermehrheit dar, sondern als die Folge aller jener im Nachlassentscheid zu berücksichtigenden Elemente, deren nur eines und erst noch nicht zwingendes die Gläubigermehrheit ist. Hiemit ist u. E. auch die Frage gelöst, ob die entscheidende Behörde Officialjustiz treiben dürfe oder nicht; dieselbe ist von den Motiven zur R. C. O. und wird heute noch von concursrechtlichen Schriftstellern verneint⁸. Sie ist aber für unser Gesetz in bejahendem Sinn zu beantworten, weil der Nachlassvertrag neben den Interessen des Schuldners und der Gläubiger auch das im § 6 entwickelte Interesse des Staates zu befriedigen berufen ist.

III. Nach diesen allgemeinen Erörterungen können wir nun zur Darstellung der Verhandlung und ihrer Bedeutung nach den positiven Vorschriften unseres Gesetzes selbst übergehen. An der Verhandlung nehmen theil:

1) die Nachlassbehörde; denn sie ist die Amtsstelle, welche die Verhandlung angeordnet hat.

⁷ Die Bedeutung dieser Auffassung für die Frage der rechtlichen Natur des Nachlassvertrags vgl. § 17.

⁸ Vgl. Motive p. 1537; v. Völderndorff, Commentar II p. 451.

2) der Sachwalter und der Schuldner; das Gesetz schreibt dies zwar nicht ausdrücklich vor; die Nothwendigkeit ihrer Anwesenheit scheint uns aber aus der Zweckbestimmung der Verhandlung als einer freien causæ cognitio der Behörde zur Genüge hervorzugehen. Eine richtige Würdigung der Verhältnisse kann von der Nachlassbehörde nur dann erwartet werden, wenn sie zur Ergänzung ihrer aus den eingelaufenen Acten geschöpften Sachkenntniss die Möglichkeit hat, an den Sachwalter oder Schuldner zur weitem Aufklärung Fragen zu stellen. Dies wird insbesondere dann stattfinden, wenn einzelne Gläubiger gegen den Nachlassvertrag Einwendungen erheben werden. Ihre Anwesenheit ist jedenfalls wünschbar.

3) Gläubiger. Während für die sub 1—2 Genannten die Anwesenheit in der Verhandlung obligatorisch sein wird, oder doch sein sollte, so ist sie für die Gläubiger facultativ. Jeder Gläubiger ist aber zu erscheinen berechtigt. Das Gesetz schreibt dies zwar nicht ausdrücklich vor, allein es scheint uns aus folgender Überlegung hervorzugehen: Während die Gläubigerversammlung im wesentlichen behufs Beschlussfassung über den Nachlassvertrag einberufen wird, und darum nur stimmberechtigte Gläubiger zugelassen werden dürfen, so kommen hier Gesichtspunkte allgemeinerer Natur zur Sprache; vgl. sub IV. Es liegt desshalb kein Grund vor, den nicht stimmberechtigten Gläubigern den Zutritt zu der Verhandlung zu verweigern; dieselbe soll vielmehr mit vollständiger Parteiöffentlichkeit stattfinden. An das Nichterscheinen der Gläubiger knüpft sich dann auch kein anderer Rechtsnachtheil, als dass sie eben später keine Einwendungen mehr gegen den Nachlassvertrag zu erheben berechtigt sind. Solche dürfen aber u. E. sowohl materiell rechtlicher, als processualischer Natur sein, sie dürfen also das Verfahren selbst betreffen, können sich aber auch richten z. B. gegen die Person des Schuldners oder den Inhalt des Nachlassvertrags; eine vollständige Aufzählung wäre unmöglich. Über solche Einwendungen entscheidet die Nachlassbehörde sofort in der Verhandlung.

IV. Der Umfang des Entscheids der Nachlassbehörde ist gesetzlich fixirt und betrifft zwei Punkte:

1) Die Art der Zulassung der im Art. 305 al. 3 genannten Forderungen;

2) Die Bestätigung oder Verwerfung des Nachlassvertrags. Den letztern, gewiss wichtigern Punkt stellen wir in zweite Linie, weil der erstere für denselben von präjudizieller Bedeutung ist. Erst, nachdem dieser Entscheid gefällt ist, kann sich die Nachlassbehörde vergewissern, ob die Mehrheit des Art. 305 nun auch endgültig vorhanden sei. Verneinenden Falls verwirft sie ohne weitere Verhandlung den Nachlassvertrag ab officio. Jener Entscheid über die im Art. 305 al. 3 benannten Forderungen hat aber nicht Urtheilsnatur; er schafft nicht Recht zwischen dem Gläubiger und Schuldner; vielmehr soll dessen Geltendmachung auf dem Civilprocesswege vorbehalten bleiben⁹; daher der Zusatz im Art. 305 al. 3, dass dem gerichtlichen Entscheide über den Rechtsbestand der betreffenden Forderung durch den Entscheid nicht vorgegriffen werde. Das Lemma 3 des Art. 305 spricht von bedingten und bestrittenen Forderungen und solchen mit unbestimmter Verfallzeit; die letzteren sind von den befristeten wohl zu unterscheiden; denn bei ihnen ist nicht dies certus an certus quando, sondern dies certus an incertus quando; unter diesen Begriff fällt also namentlich die auf den Namen des Schuldners zu Gunsten Dritter (z. B. Ehefrau) ausgestellte Lebensversicherungspolice.

Bezüglich bestrittener Forderungen trifft das Gesetz im Art. 310 im speciellen die Bestimmung, dass die Nachlassbehörde im Falle der Bestätigung den betreffenden Gläubigern eine peremptorische Frist zu deren gerichtlicher Geltendmachung ansetzen solle, bis zu welchem Momente die auf dieselben entfallenden Beträge vom Schuldner, falls die Nachlassbehörde es anordnet, bei der Depositenanstalt zu hinterlegen sind¹⁰. Im übrigen lassen sich bezüglich der Zulassung dieser Kategorien von Forderungen keine allgemeinen Grundsätze von vornherein aufstellen; eine einheitliche Behandlung derselben bleibt der Praxis der Nachlassbehörde überlassen¹¹.

Ergibt sich hiebei, dass die gesetzliche Mehrheit vorhanden ist, so kann die Nachlassbehörde zum Entscheid über Bestätigung oder Verwerfung übergehen. Damit aber ersterer stattfinden kann,

⁹ Vgl. P. N. C. p. 21—23.

¹⁰ Vgl. BG. Art. 313.

¹¹ Hier zeigt sich wieder die Wünschbarkeit einer Centralinstanz.

muss sich jene in weiterer Cognition überzeugen, ob die folgenden drei gesetzlich vorgeschriebenen Erfordernisse vorliegen.

1) Der Schuldner darf nicht zum Nachtheil seiner Gläubiger unredliche oder sehr leichtfertige Handlungen begangen haben. War schon beim Entscheid über das Nachlassbegehren der Nachlassbehörde die nothwendige Competenz gegeben, um die Intention des Gesetzgebers, dass der Nachlassvertrag nur dem bedrängten, ehrlichen Schuldner zu gute kommen solle, zu verwirklichen, so hat sie auf Grund des Art. 306 Ziff. 1 hiezu jetzt noch einmal Gelegenheit. Was das belgische Gesetz im Art. 2 al. 4 positiv vorschreibt: „L’homologation du concordat ne sera accordée qu’en faveur du débiteur malheureux et de bonne foi“, erreicht unser Gesetz mit ebenso viel Sicherheit durch das der Nachlassbehörde im Art. 306 gewährte, ausgedehnte Cognitionsrecht.

Mit Recht bemerkt allerdings Hoffmann ¹²: „Es ist einleuchtend, dass der Schwerpunkt des ganzen Gesetzes in der gewissenhaften Erfüllung der Aufgabe liegt, welche dasselbe der Nachlassbehörde zuweist“. Nach dem Wortlaut des Art. 306 al. 1 kommen denn auch consequent diesem weitgehenden Prüfungsrecht nicht bloss die vom Schuldner während der Nachlassstundung vorgenommenen Handlungen in Betracht, sondern auch sein früheres Geschäftsgebahren.

Die Ziffer scheint vielleicht etwas unpräcis gefasst zu sein; mit Absicht ¹³, denn man wollte der Nachlassbehörde in diesem Punkt ganz freie Hand lassen; im übrigen gehörte diese Fassung schon dem Art. 152 Ziff. 2 des Heuslerschen Entwurfes an.

Aus den unter dieselbe fallenden unredlichen und sehr leichtfertigen Handlungen greift das Gesetz eine Handlung im Art. 314 speciell heraus: „Jedes Versprechen, durch welches der Schuldner einem Gläubiger mehr zusichert, als was ihm nach dem Nachlassvertrag gebührt, ist ungültig“. Ein solches geheimes pactum zwischen Gläubiger und Schuldner ist contra bonos mores des ganzen Nachlassvertrages und darum wird es vom Rechte nicht anerkannt. Liegt ein solches vor, so soll nicht nur der Nachlass-

¹² Hoffmann, a. a. O. p. 22.

¹³ Eine in der St. C. vorgeschlagene positivere Fassung wurde aus diesem Grunde verworfen; vgl. Protocolle p. 52.

vertrag nicht bestätigt werden, sondern die betreffende Handlung schon an und für sich null und nichtig sein; Art. 306 Ziff. 1 und Art. 314 finden nicht elective, sondern cumulative Anwendung. Eine so harte Bestimmung rechtfertigt das schon früher entwickelte Interesse der Gläubiger in seiner Richtung auf gleichmässige Befriedigung.

Bemerkenswerth ist, dass Art. 314 nur von dem Versprechen des Schuldners spricht, wie auch im Art. 306 Ziff. 1 nur von Handlungen des Schuldners die Rede ist. Wenn daher Dritte, z. B. Verwandte des Schuldners, einem Gläubiger mehr versprechen, als ihm nach dem Nachlassvertrag gebührt, so ist auf sie Art. 314 unanwendbar; fraglich ist dagegen, ob, wenn dies mit Wissen des Schuldners geschah, hierin nicht eine unredliche Handlung des letztern, welche die Veranlassung des Nachlassvertrags verwerfen würde, gesehen werden könnte; denn Art. 306 Ziff. 1 spricht nicht ausdrücklich nur von Rechtshandlungen ¹⁴. Jedenfalls tritt von der Regel eine Ausnahme ein, wenn dem betreffenden Gläubiger mit Einverständniss sämmtlicher übrigen Gläubiger vom Schuldner ein Mehr geleistet wird; die Zweidrittheils-Mehrheit des Art. 305 genügt hier nicht, weil sie bloss vom Gesetz bezüglich der Abstimmung über Annahme des Nachlassvertrags aufgestellt ist.

2) Die angebotene Summe soll im richtigen Verhältniss zu den Hilfsmitteln des Schuldners stehen. Dabei dürfen Erbanwartschaften in Anschlag gebracht werden; Art. 306 Ziff. 2.

Während unter der vorigen Ziffer vom Ermessen der Nachlassbehörde namentlich abhängig gemacht war, welche Schuldner des Nachlassvertrags theilhaftig werden sollen, so liegt in diesem Prüfungspunkt das Schwergewicht der Gläubigerinteressen. Die Nachlassbehörde hat hier namentlich zu untersuchen, wie weit das Ergebniss des Nachlassvertrags zu einem voraussichtlichen Ergebniss des Concurses resp. der Pfändung sich für die Gläubiger besser stelle; sie hat zu prüfen, ob das Verhältniss des den Gläubigern angebotenen zu dem, was wirklich vorhanden

¹⁴ Die R. C. O. § 168 verbietet solche Versprechen auch von Seiten Dritter; Endemann, a. a. O. p. 587 bemerkt: Entscheidend ist die Absicht und das Bewusstsein der Bevorzugung auf Seiten des Schuldners oder Bevorzugten.

ist, ein angemessenes ist; dabei dient ihr als Basis die Vermögensfeststellung, wie sie sich aus der Bilanz des Sachwalters ergab.

Unter den Begriff der Hilfsmittel fallen aber auch die von Seiten Dritter zu Gunsten des Schuldners gemachten Leistungen; auch auf diese erstreckt sich das Cognitionsrecht der Behörde.

Der Zusatz betreffend eventuelle Anrechnung von Erbanwartschaften des Schuldners stammt aus der Berathung der Bundesversammlung 2. Lesung. Er ist von sehr grosser praktischer Tragweite; aber wie wenn man sich vor einer allzu schroffen Norm gefürchtet hätte, wurde die Fassung gewählt: sie „können“ in Anschlag gebracht werden. Ein festes Princip wollte die Bundesversammlung mit Recht nicht aufstellen; der Nachlassbehörde soll es anheim gestellt sein, im concreten Fall über die Zweckmässigkeit der Anwendung dieses Satzes zu entscheiden. Unsrerseits verwerfen wir diese Bestimmung und zwar aus den folgenden Gründen:

a) Der Begriff der Erbanwartschaft ist nicht genügend klargestellt; soll man nach unserm Gesetze darunter Intestaterbrecht, Pflichttheilsrecht oder überhaupt Alles verstehen, was der Schuldner mortis causa erhalten wird? Eine correctere Formulierung des Gesetzes wäre sehr wohlgethan gewesen; u. E. kann sie hier nur im Sinn von Pflichttheil aufgefasst werden als der Erbportion, die dem Schuldner allein bestimmt zukommt.

b) Da, falls der Schuldner stirbt, bevor ihm eine bei seinem Nachlassvertrag in Anschlag gebrachte Erbanwartschaft zugefallen ist, seine Nachkommen den betreffenden Pflichttheil kraft eigenen Rechts und nicht kraft vom Schuldner abgeleiteten Rechts erben, ist es unbillig, dass derselbe ihnen derart entzogen werden kann.

c) Es ist keine Bürgschaft für einheitliche Anwendung dieser so wichtigen Bestimmung in der Praxis vorhanden.

3) Die Vollziehung des Nachlassvertrags und die vollständige Befriedigung der angemeldeten privilegierten Gläubiger soll hinlänglich sicher gestellt sein; es sei denn, dass die letztern hierauf verzichten; Art. 306 Ziff. 3.

Die Sicherung des im Nachlassvertrag versprochenen, welche in der Praxis des gemeinen Rechts¹⁵ oft Bedingung des Nach-

¹⁵ Vgl. oben § 4 sub VII.

lassvertrags war, über welche zwar die Gläubiger nicht abstimmen konnten, ist hier zum gesetzlichen Erforderniss erhoben worden. Unser Gesetz steht also noch insofern auf dem Boden des römischen Rechts, als es die Gläubiger nur darüber abstimmen lässt, *quota parte contenti sunt*. Es ist aber weiter gegangen im Schutz der Gläubiger, indem es die Sicherheit der Erfüllung zu einem von der Nachlassbehörde von Amts wegen zu prüfenden Cognitionspunkte macht; die Vollziehung soll gesichert sein, sonst findet keine Bestätigung des Nachlassvertrags statt.

Über die Art der Befriedigung schreibt das Gesetz nichts vor; es verlangt dieselbe nicht ausdrücklich sofort, wird desshalb implicite eine successive Befriedigung zulassen. Ferner müssen auch die Deckungsmittel nicht nothwendig aus den Activen des Schuldners selbst genommen, sondern dürfen auch von einem Dritten geleistet werden; darum spricht wohl Ziff. 2 dieses Artikels nicht vom Vermögen, sondern von den Hilfsmitteln des Schuldners. Das sich hiebei ergebende juristische Verhältniss haben wir schon früher § 7 sub I erörtert und gezeigt, dass der Dritte nicht direct den Gläubigern hafte, es sei denn dies im Nachlassvertragsentwurf ausdrücklich ausbedungen worden, sondern dass der Nachlassvertrag nur zwischen den Gläubigern einerseits und dem Schuldner andererseits stattfinde; darum ist es um so wichtiger, dass die Nachlassbehörde das Recht habe zu prüfen, ob jene von Dritten versprochenen Leistungen keine illusorischen, sondern hinlänglich sichergestellt seien, und dass sie von diesem Rechte in vollstem Umfange Gebrauch macht.

Mit Recht berührt das Gesetz an dieser Stelle nicht die pfandversicherten Gläubiger; denn dieselben sind auf ihre Deckung verwiesen, ob dieselbe nun eine wirkliche oder eine bloss illusorische sein wird. Den Verlust, der ihnen im letztern Falle droht, hätten sie durch Anmeldung ihrer Forderung vermeiden können, indem sie dann mit dem nach des Sachwalters Schätzung ungedeckten Betrag ihrer Forderung am Nachlassvertrag hätten theilnehmen können. Den privilegirten Gläubigern als solchen muss vollständige Befriedigung gesichert sein, soweit sie ihre Forderungen angemeldet haben; denn ihre Stellung darf keine schlechtere sein, als sie allenfalls im Concurs wäre.

Treffen nun die sub 1—3 erörterten Voraussetzungen zu, so bestätigt die Nachlassbehörde den Nachlassvertrag; fehlt eine

oder mehrere derselben, so findet Verwerfung statt. Mit dem Entscheid der Nachlassbehörde findet das eigentliche Nachlassverfahren seinen Abschluss.

Der Nachlassvertrag wird perfect, sobald der Entscheid in Rechtskraft erwachsen. Dies geschieht mit dessen im Art. 308 vorgeschriebenen öffentlichen Bekanntmachung. Die Publication erfolgt im kantonalen Amtsblatte und, sofern der Schuldner der Concursbetreibung unterliegt, unter dem gleichen Datum auch im schweizerischen Handelsamtsblatt. Der Entscheid wird dem Betreibungsamte mitgetheilt.

Wo keine obere kantonale Nachlassbehörde besteht, wird der Entscheid sofort in Rechtskraft treten und die Publication daher auch sogleich, d. h. in der nächsten Nummer des Amtsblattes stattfinden können.

Wo aber eine obere kantonale Nachlassbehörde besteht, kann der Entscheid über den Nachlassvertrag nach Art. 307 innerhalb 10 Tagen nach dessen Mittheilung ¹⁶ an dieselbe weiter gezogen werden. In diesem Fall tritt der Entscheid nach Ablauf der zehntägigen Frist, wenn während derselben keine Beschwerde eingelegt wurde, in Rechtskraft; eventuell ist, wenn dies geschah, der Entscheid der obern kantonalen Behörde der massgebende und wird mit dessen Rechtskraft der Nachlassvertrag perfect. Beschwerdeberechtigt sind der Schuldner und alle stimmberechtigten Gläubiger. Über den Charakter der Beschwerde und die Fristberechnung vergleiche § 8. Wohl immer wird hier der Beschwerde Suspensiveffect verliehen werden müssen. Der Inhalt der Beschwerde kann sowohl materiell rechtlicher als processualischer Natur sein.

§ 15. Die Rechtswirkungen des Nachlassvertrags.

Der Entscheid der Nachlassbehörde kann auf Bestätigung oder auf Verwerfung lauten. Danach können wir unterscheiden: Rechts-

¹⁶ Was das Gesetz hier unter Mittheilung versteht, ist sehr fraglich; Mittheilung bloss an den Schuldner oder an ihn und alle stimmberechtigten Gläubiger, oder einfach Verkündigung in der Verhandlung nach der Berathung? Jedenfalls nicht Publication, weil diese nach Art. 307—308 erst mit Rechtskraft des Entscheids eintritt.

wirkungen, die in beiden Fällen eintreten, und solche, die bloss im einen oder andern Fall sich mit dem Entscheide verbinden.

I. Allgemeine Rechtswirkungen. Nach Art. 308 al. 2 fallen mit der öffentlichen Bekanntmachung des Entscheids die Wirkungen der Stundung dahin. Insbesondere kann der Schuldner jetzt wieder betrieben und die schon angehobene Betreibung, die durch die Nachlasstundung gehemmt wurde, fortgesetzt und zu Ende geführt werden. Die Verjährungs- und Verwirkungsfristen, die durch Betreibung unterbrochen werden können, laufen wieder fort; wie schon in § 10 dargelegt wurde, fangen dieselben nicht von Neuem zu laufen an, sondern gemäss der rechtlichen Natur der *præscriptio dormiens* — denn eine solche bewirkte die Nachlasstundung — gilt der vor der letztern abgelaufene Theil der Frist als verflossen und wird nur die Zeit während der Nachlasstundung selbst in die Frist nicht eingerechnet ¹.

Mit dem Zeitpunkt der öffentlichen Bekanntmachung wird auch der Sachwalter seiner Stellung enthoben. Er hat nun seine Aufgabe, die Leitung des Nachlassverfahrens, gelöst und sein ihm von der Nachlassbehörde übertragenes Mandat erfüllt. Damit sind seine Functionen beendet.

Der Schuldner, der nur während der Nachlasstundung in seiner Dispositionsfähigkeit beschränkt war, ist es nun nicht mehr und der Sachwalter desshalb auch seiner Pflichten und Rechte gegenüber dem Schuldner entbunden. Wie sein Amt gleichzeitig mit der Nachlasstundung nothwendig wurde, so fällt es auch mit deren Aufhebung dahin. Inwiefern der Sachwalter auf Grund eines Mandatsverhältnisses der Nachlassbehörde zur Rechnungsablegung verpflichtet sei, schreibt das Gesetz nicht vor. Gemäss dem § 12 sub II Gesagten ist massgebend Art. 398 des S. O. R.

II. Verwerfung. Der Nachlassvertrag muss immer von der Nachlassbehörde verworfen werden, sofern derselbe von den Gläubigern nicht „angenommen“ wurde. Verwerfung findet ferner statt, wenn die im Art. 306 aufgestellten Voraussetzungen nicht

¹ Beispiel: Der Schadenersatzanspruch des A gegen B würde am 1. V. 1892 verjähren; wenn nun dem B am 1. IV. 1892 Nachlasstundung gewährt wird und dieselbe 2 Monate dauert, so ist jene Verjährungsfrist erst am 1. VII. 1892 abgelaufen; denn während der Nachlasstundung vom 1. IV. bis 1. VII. 1892 ist sie gehemmt, läuft sie nicht.

zutreffen, in diesem Fall hängt also dieselbe vom Ermessen der Nachlassbehörde ab, während sie in jenem ab officio stattfindet.

Wird gegenüber einem der Concursbetreibung unterliegenden Schuldner der Nachlassvertrag verworfen, so kann jeder Gläubiger binnen 10 Tagen nach der Bekanntmachung die sofortige Concurseröffnung über den betreffenden Schuldner verlangen. Darunter versteht das Gesetz Concurseröffnung ohne vorgängige Concursbetreibung; das Begehren wird beim zuständigen Concursgerichte gestellt²; natürlich ist es dem Schuldner unbenommen, einen Nachlassvertrag im Concurs zu dessen Aufhebung vorzuschlagen. Das Gesetz verbietet einen solchen Nachlassvertrag nicht; allein in praxi wird der Schuldner wohl selten mit einem solchen Vorschlag durchdringen.

Grundsätzlich soll auch der Schuldner, dessen Nachlassvertrag verworfen worden ist, nicht für immer von dieser Rechtswohlthat ausgeschlossen bleiben. Das Gesetz lässt zwar die Frage offen; doch scheint uns, dasselbe mache die Anbahnung des Nachlassvertrags schon so schwer, dass ein Missbrauch dieser Rechtswohlthat von Seiten der Schuldner nicht zu befürchten ist³.

III. Bestätigung. Mit der Publication der Bestätigung des Nachlassvertrags wird derselbe perfect. Wie äussert er nun seine Wirkungen auf die Forderungsrechte der Gläubiger? Werden dieselben nun ipso jure auf den vom Schuldner gebotenen, von den Gläubigern angenommenen und von der Nachlassbehörde bestätigten Betrag reduzirt, so dass z. B. die Forderung eines Gläubigers auf Fr. 100, wenn der Schuldner 50 % giebt, jetzt nur noch auf Fr. 50 geht, oder steht dem Schuldner bloss eine Einrede zu, kraft deren er die Einklagung der ganzen Forderung abweisen kann und nur verpflichtet ist, den nicht nachgelassenen Betrag zu bezahlen? Für die Beantwortung dieser Frage weist uns Art. 315 den Weg. Nach demselben kann ein Gläubiger, gegenüber dem die Bedingungen des Nachlassvertrags nicht erfüllt werden, unbeschadet der ihm durch denselben gewährten Rechte, bei der Nachlassbehörde mit Bezug auf seine Forderung die Aufhebung des Nachlasses verlangen; trotzdem der Nachlassvertrag perfect ist, wird hier von einem For-

² Vgl. BG. Art. 309, 190 Ziff. 3, 166.

³ Vgl. P. St. C. p. 11 u. 46 Anregung im umgekehrten Sinne.

derungsrecht gesprochen, für welches die Aufhebung des Nachlasses nachgesucht werden kann. Für das Gesetz existirt also offenbar diese Forderung noch fort; sie ist nicht durch den Nachlassvertrag untergegangen und eine neue an ihre Stelle getreten, sonst müsste von einem Wiederaufleben die Rede sein.

Diese Erkenntniss, deren Richtigkeit sich noch weiter unten erweisen wird, schafft uns Klarheit über die Rechtswirkungen des Nachlassvertrags im allgemeinen.

Der Nachlassvertrag berührt die innere Beschaffenheit der Forderungen der an ihn gebundenen Gläubiger nicht; er hat für sie nicht die Wirkung einer Novation, die ursprünglichen Forderungen bleiben vollkommen bestehen; der Entscheid der Nachlassbehörde setzt einzig und allein eine Zahlungsmodalität fest, indem er bestimmt, dass kraft des Nachlassvertrags die an und für sich noch unverändert bestehende Forderung eines Gläubigers durch eine gewisse Theilleistung gänzlich getilgt sein soll.

Sobald der Nachlassvertrag perfect ist, hat der Schuldner eine exceptio gegen die Einklagung des Vollbetrags der Forderungen seiner Gläubiger. Sie ist keine dilatorische, sondern eine peremptorische, auf Grund welcher der Gläubiger verhindert ist, auf gerichtlichem Weg je wieder Vollzahlung seiner Forderung zu erwirken; hieraus folgt der wichtige Satz, dass ein Nachforderungsrecht des Gläubigers auf die nachgelassene Quote, auch falls der Schuldner wieder zu Vermögen kommen sollte, gänzlich ausgeschlossen ist⁴.

Die wesentlichste Rechtswirkung, die sich mit dem Nachlassvertrag verbindet, ist also zusammengefasst die folgende: Der in Rechtskraft erwachsene Nachlassvertrag bewirkt nicht die Aufhebung der Forderungen der einzelnen Gläubiger *ipso jure*, sondern nur *per exceptionem*, er statuirt eine Gläubiger und Schuldner künftighin bindende Zahlungsmodalität und schliesst ein Nachforderungsrecht der einzelnen Gläubiger aus.

⁴ Bleibt aber eine Naturalobligation zwischen Gläubiger und Schuldner bestehen? Dies nimmt mit Recht an Dernburg, Pandekten Bd. II § 5 i. f.; er sagt: „zahlt daher der Schuldner das Erlassene später zurück, so ist das keine Liberalität, sondern Schuldtilgung“.

Den letztern Punkt hatte auch der Art. 39 des bundesrätlichen Entwurfs vom 23. II. 1886 ausdrücklich hervorgehoben durch den Satz: Der Schuldner wird durch Erfüllung des Concordats von jeder weitem Verpflichtung gegenüber seinen Gläubigern befreit. Dieser Artikel erfuhr aber erhebliche Anfechtung in den Commissionen und Räthen und wurde weniger aus theoretischen als aus rechtspolitischen Gründen, um nämlich unserm Institute mehr Gönner zu sichern, wie dies aus dem Bericht der St. C. hervorgeht, schon von der St. C. verworfen⁵. Das war ein arger Verstoss gegen Charakter und Zweckbestimmung des ganzen Nachlassvertrags, durch welchen er wahrscheinlich illusorisch gemacht worden wäre. Denn von dem Augenblicke an, wo der Schuldner risciren muss; dass das Ergebniss jedes ordentlichen Jahres, das er später machen wird, nur bestimmt sei, in die Hände seiner Gläubiger, die noch nicht ganz befriedigt sind, zu fallen, wird sein Interesse am Zustandekommen des Nachlassvertrags aufhören und er vorziehen, durch den Conkurs eventuell Auspfändung sich aller Schulden endgültig zu entledigen.

Glücklicherweise bekannte sich die Bundesversammlung in ihren spätern Berathungen wieder für den theoretisch einzig richtigen und praktisch einzig gerechtfertigten Ausschluss des Nachforderungsrechtes.

Nach diesen mehr allgemeinen Erörterungen sind nun die materiell rechtlichen Wirkungen des Nachlassvertrags im einzelnen näher zu betrachten.

Nach Art. 311 ist der bestätigte Nachlassvertrag für alle Gläubiger rechtsverbindlich, ausgenommen sind nur die Pfandgläubiger für den durch das Pfand gedeckten Forderungsbetrag. Auch hier scheint uns der Art. 34 des bundesrätlichen Entwurfs vom 23. II. 1886 viel correcter und deutlicher gewesen zu sein, indem er sagte: „Der Nachlassvertrag ist auch für diejenigen rechtsverbindlich, die demselben nicht beigetreten sind (durch ihre Zustimmungserklärungen), oder unterlassen haben, ihre Ansprüche anzumelden; ausgenommen sind allein die privilegierten Gläubiger, die auf ihr Vorrecht nicht Verzicht geleistet haben, und die Pfandgläubiger für den durch ihr Pfand gedeckten Forderungsbetrag.“

⁵ Vgl. P. St. C. p. 46, 146; Bericht der St. C. p. 17.

Etwas ungenau erscheint uns Art. 311, weil er die Stellung der privilegierten Gläubiger, die ihre Forderungen angemeldet haben, nicht deutlich genug heraushebt; denn, da deren Forderungen nach Art. 306 Ziff. 3 gänzlich sicher gestellt werden müssen, so lässt sich nicht wohl gegenüber diesen von einer Rechtsverbindlichkeit des Nachlassvertrags sprechen, bei welcher man eben unwillkürlich an einen Nachlass denkt.

Hienach ist die Lage, in welche die verschiedenen Kategorien von Gläubigern nun kommen, die folgende:

1. die Pfandgläubiger. Ihnen gegenüber ist der Nachlassvertrag nur in zwei Fällen rechtsverbindlich, nur in diesen beiden Fällen findet ein Nachlass an ihren Forderungen statt; dieselben sind:

a) der Fall des Verzichtes auf die Pfanddeckung, dann wird der Pfandgläubiger wie ein gewöhnlicher, nicht bevorrechteter Gläubiger behandelt;

b) der Fall, in welchem der Pfandgläubiger seine Forderung dem Sachwalter zur Schätzung angemeldet⁶ und dann mit dem durch das Pfand nicht gedeckten Betrag am Nachlassvertrag theilgenommen hat; nur an diesem letztern findet der Nachlass statt.

2. die privilegierten Gläubiger. Hier ist Art. 311 mit Art. 306 Ziff. 3 zu combiniren. Nach dem letztern wird den angemeldeten privilegierten Gläubigern vollständige Befriedigung ihrer Forderungen sicher gestellt; umgekehrt ist aber der Nachlassvertrag rechtsverbindlich, das heisst, es findet ein Nachlass an den Forderungen derjenigen privilegierten Gläubiger statt, welche entweder ihre Forderungen nicht angemeldet, oder, wenn dies doch geschah, auf ihr Vorrecht Verzicht geleistet haben. Eine Interpretation des Gesetzes für die nicht angemeldeten privilegierten Gläubiger in dem Sinne, dass an ihren Forderungen kein Nachlass stattfinde und dass sie nur der Rechtsnachtheil der Nichtsicherstellung derselben treffe, erscheint uns wegen des Wortlautes des Art. 311, wonach der Nachlassvertrag für s ä m m t l i c h e Gläubiger rechtsverbindlich sei, unzulässig.

⁶ Das Gesetz schreibt nicht vor, dass der Sachwalter die Schätzung von Amts wegen vornehmen müsse, daher wird sie der Pfandgläubiger zu betreiben haben; aber dann ist der Sachwalter zu derselben verpflichtet. Vgl. § 13 II sub 3.

3. die Ehefrau. Da dieselbe mit höchstens der Hälfte ihrer Weibergutsforderung zu den privilegierten Gläubigern gehört, so wird ihr die letztere vollständig sicher gestellt, es sei denn, dass sie dieselbe nicht angemeldet oder auf ihr Vorrecht verzichtet habe. An dem nicht bevorrechteten Theil ihrer Weibergutsforderung findet immer in Anwendung des Art. 311 ein Nachlass statt.

4. Gläubiger mit bestrittenen Forderungen. Diese bedürfen besonderer Behandlung, auch wenn sie nicht bevorrechtete Gläubiger sind. Wie wir oben sahen, hat die Nachlassbehörde zu entscheiden, ob und zu welchem Betrag die bestrittenen Forderungen bei der Mehrheitsberechnung mitzuzählen sind. Zugleich setzt sie den betreffenden Gläubigern eine peremptorische Frist zur gerichtlichen Geltendmachung derselben an⁷. Diese Bestimmung hat ihren berechtigten Grund darin, dass die Leistung des Schuldners nur auf Grund einer festgestellten Forderung erfolgt und diese hier noch fehlt.

Da aber nach Art. 306 Ziff. 3 auch die Vollziehung des Nachlassvertrags bezüglich solcher Forderungen sicher gestellt werden muss, so liegt es im Interesse einer raschen Abwicklung des ganzen Verfahrens, dass über die Existenz oder Nichtexistenz der Forderung bald Recht geschaffen werde; daher ist die Frist eine zerstörlche. Über den Rechtsnachtheil, der sich an deren Versäumung knüpft, sagt das Gesetz nichts; u. E. besteht derselbe im Verluste der Sicherstellung der Befriedigung. Im übrigen finden, je nachdem der betr. Gläubiger ein pfandgesicherter, privilegirter oder nur gewöhnlicher ist, die bezüglichlichen Rechtswirkungen an seiner Forderung statt.

Während der peremptorischen Frist hat der Schuldner auf Anordnung der Nachlassbehörde die auf diese Forderungen entfallenden Beträge bis zur Erledigung des Prozesses bei der Depositenanstalt zu hinterlegen; unter der letzteren, vom Kantone bezeichneten, ist natürlich nur diejenige des Kantons gemeint, in welchem der Schuldner domicilirt ist. Der Kanton haftet für die von der Depositenanstalt verwahrten Depositen⁸. Die Hinterlegungspflicht des Schuldners ist aber nicht obligatorisch, sondern

⁷ Vgl. BG. Art. 310.

⁸ Vgl. BG. Art. 313, 24.

hängt vom Ermessen der Nachlassbehörde ab, die in ihrem Entscheid namentlich auf die Vertrauenswürdigkeit des Schuldners abstellen wird.

Erklärt das Gericht die bestrittene Forderung als unbegründet, so fällt die hinterlegte Summe nicht den übrigen Gläubigern pro rata zu. Dieser Ansicht muss u. E. beigespflichtet werden namentlich mit Rücksicht auf den gewiss häufigen Fall, wo Dritte für den Schuldner einen gewissen Procentsatz zu leisten versprechen⁹.

5. Gläubiger, an deren Forderungen sich noch Rechte gegen Mitschuldner, Bürgen¹⁰ und Gewährspflichtige¹¹ knüpfen. Die grundsätzliche Behandlung dieser Nebenforderungen hat von jeher der Theorie und Praxis Schwierigkeiten bereitet und ist so recht die *quæstio famosa* in der Lehre vom Nachlassvertrage. Wie in andern Beziehungen, so vermeidet auch hier unser Gesetz eine principielle Lösung und zieht vor, einzig die praktischen Wirkungen zu umschreiben. Unsere Aufgabe ist es daher, die im Art. 303 getroffenen positiven Vorschriften auf einen einheitlichen juristischen Gesichtspunkt zurückzuführen zu versuchen, von dem ausgehend sie sich als reine Folgen desselben ergeben.

Die Solidarschuld, Bürgschaft und Gewährspflicht sind keine selbständig bestehenden, sondern mit der Hauptschuld theils coordinirte, theils subordinirte Rechtsverhältnisse; ihr Bestand ist daher durch den der Hauptschuld bedingt; geht letztere unter, so gehen auch jene unter. Würden daher durch den Nachlassvertrag die Forderungen der einzelnen Gläubiger ipso jure aufgehoben und neue an ihre Stelle gesetzt, so müssten folgerichtig auch die Rechte des Gläubigers gegen Mitschuldner, Bürgen und Gewährspflichtige untergehen. Dies widerspricht der Rechtsbilligkeit und darum zeigt sich hier wiederum die Richtigkeit des oben aufgestellten Satzes, dass die Rechtswirkung des

⁹ P. N. C. p. 23.

¹⁰ Nicht zu verwechseln mit dem Nachlassvertragsbürgen, d. h. demjenigen, welcher für den Schuldner die Vollziehung des Nachlassvertrags verbürgt und zu keinem einzelnen Gläubiger in einem besondern Rechtsverhältniss steht.

¹¹ Wer gewährspflichtig ist, bestimmt das S. O. R.; diese Frage fällt daher ausser den Rahmen unsers Themas.

Nachlassvertrags nur darin besteht, einen Gläubiger und Schuldner bindenden neuen Solutionsmodus zu schaffen, und dass die Klage auf Leistung des Ganzen nur per exceptionem zurückgewiesen werden kann. Weil die Forderung des Gläubigers trotz des Nachlassvertrages in ihrem Bestande unverändert bleibt, darum bleibt auch das mit ihr verbundene Rückgriffsrecht bestehen.

Wir gelangen desshalb zum Resultat, dass principiell ein Gläubiger beim Nachlassvertrag seiner Rechte gegen Mitschuldner, Bürgen und Gewährspflichtige nicht verlustig geht.

Hieran knüpft sich nun des weitern die Frage, ob, wenn deren Haftung also demgemäss bestehen bleibt, der Nachlassvertrag die benannten Personen wie den Schuldner doch wenigstens von der Haftpflicht für den Ausfall befreie. Dies wird oft bejaht, gestützt auf folgende Argumentation: Wird dem Hauptschuldner oder einem von mehreren Mitschuldnern ein Nachlassvertrag gewährt, so müssen auch die Bürgen, Nebenschuldner oder Gewährspflichtige von demselben betroffen und begünstigt werden, weil ihnen infolge jenes Nachlasses der Gläubiger seine Klage gegen den Haupt- oder Mitschuldner nicht mehr in vollem Umfange abtreten könne und speciell der Bürge für nicht mehr haften müsse als der Schuldner selbst. Das Gegentheil ergibt sich als Consequenz unserer obigen Ansicht. Da die Forderung eines Gläubigers durch den Nachlassvertrag in ihrem Bestande nicht berührt wird und darum die ihr coordinirten oder subordinirten Rechte gegen Dritte bestehen bleiben, so bleibt auch deren Haftung in vollem Umfange bestehen; die exceptio des Schuldners ist eine höchstpersönliche. Jene Argumentation basirt nämlich auf der u. E. eben falschen Voraussetzung, dass der Gläubiger nicht mehr bezüglich der ganzen Forderung forderungsberechtigt sei und daher auch nicht mehr die ganze Forderung cediren könne, sondern bloss den nicht nachgelassenen Theil und daher allerdings der Mitschuldner, Bürge oder Gewährspflichtige consequenterweise nur für diesen hafte. Richtigerweise kann aber der Gläubiger seine ganze Forderung cediren; denn sie ist in ihrem Bestande nicht geändert, der Cessionar tritt in die Rechte des Cedenten aus der Forderung ein und bekommt daher aus dieser an den Nachlassvertrag gebundenen Forderung nicht mehr, als der Cedent vom Schuldner erhalten hätte.

Wir halten desshalb an dem Satze fest, dass infolge des Nachlassvertrags die Rechte des Gläubigers gegen Bürgen, Mitschuldner und Gewährspflichtige sowie der letztern Haftung in vollem Umfange bestehen bleiben aus dem Grunde, weil das Forderungsrecht, welchem sie coordinirt oder subordinirt sind, auch nicht in seinem rechtlichen Bestande eine Veränderung erleidet.

Diese Auffassung theilt u. E. auch unser Gesetz. Denn ein Mal schreibt es im Art. 311 die Rechtsverbindlichkeit des Nachlassvertrags nur für alle Gläubiger vor und spricht nicht von einem Nachlass in der Leistungspflicht eines Mitschuldners oder Bürgen oder Gewährspflichtigen; gewiss mit Recht, denn der Nachlassvertrag, welchen es als Rechtswohlthat aufgefasst wissen will, ist ein *privilegium personale* und kommt als solches auch nur seinem Träger zu gute. Anders liegt der Fall allerdings dann, wenn jene Dritten infolge Erwerbs der Forderung des Gläubigers selbst Gläubiger werden; dann gilt auch für sie Art. 311 unumschränkt.

Ferner ist dieses Princip im Art. 303 al. 1—2 von unserm Gesetz ebenfalls anerkannt und zwar für Gläubiger, welche dem Nachlassvertrag nicht zugestimmt haben, unbedingt, für solche dagegen, welche ihm zugestimmt haben, nur unter der Voraussetzung, dass sie jenen Personen mindestens 10 Tage vor der Gläubigerversammlung deren Ort und Zeit mitgetheilt und ihnen die Abtretung ihrer Forderung gegen Zahlung angeboten haben. Wir haben es hier also mit einer Ausnahme von der Regel zu thun; denn in dieser Vorschrift ist versteckt der Satz ausgesprochen, dass ein Gläubiger, welcher ohne weiteres dem Nachlassvertrag zustimme, seiner Rechte gegen Mitschuldner, Bürgen und Gewährspflichtige verlustig gehe.

Dies veranlasst uns, 2 Fragen aufzuwerfen: einmal, ob diese Ausnahme theoretisch begründet werden könne, und dann, ob sie auch wirklich zu rechtfertigen sei? Die erste Frage lässt sich bejahen, wenn man von folgender Überlegung ausgeht: Die Zustimmung eines Gläubigers zum Nachlassvertrag involvire seinen Verzicht auf das *beneficium cedendarum actionum*; infolge desselben habe der Bürge eine Einrede gegen die Klage des Gläubigers; denn könne ihm letzterer sein Klagerecht nicht mehr cediren, so sei er auch nicht mehr verpflichtet, ihn zu

bezahlen ¹². So kann wohl unsere Ausnahme theoretisch begründet werden. Wie steht es nun aber mit deren praktischer Rechtfertigung? Ist eine solche möglich? Wir glauben es in Berücksichtigung der folgenden Momente. Es wäre eine Unbilligkeit zu nennen, wenn das Gesetz zulassen würde, dass ein Gläubiger zu einem Nachlassvertrag nur darum seine Zustimmung gäbe, weil er sich ja doch an seinem Mitschuldner, Bürgen oder Gewährspflichtigen vollständig schadlos halten könne, während in Wirklichkeit gerade den letztern, wenn der Nachlassvertrag zu stande kommt, der Ausfall trifft; denn der ihm von seinem Gläubiger, den er vollständig befriedigt hat, cedirten Klage steht eben die exceptio des Schuldners entgegen. Da in einem solchen Falle der Schaden doch nur den Mitschuldner, Bürgen oder Gewährspflichtigen trifft, weil letzterer dem Gläubiger auf seine Klage doch das Ganze leisten, anderseits aber im Rückgriff auf den Schuldner sich den Nachlass gefallen lassen muss, so ist es nur recht und billig, dass der Gläubiger, welchen wahrscheinlich kein Schaden trifft, auf denjenigen, welchen er trifft, eine gewisse Rücksicht nehme.

Dies ist der Gedanke, der dem Art. 303 al. 2 unseres Gesetzes zu Grunde liegt, und dort findet sich auch das Mass der Rücksicht, welche das Gesetz für nothwendig hält, bestimmt. Es soll genügen, wenn der Gläubiger den benannten Personen mindestens 10 Tage vor der Gläubigerversammlung deren Ort und Zeit mittheilt und ihnen die Abtretung seiner Forderung gegen Zahlung anbietet; mit andern Worten ihnen die Möglichkeit bietet, statt seiner selbst am Nachlassvertrag theilzunehmen. Gehen sie hierauf nicht ein, dann soll der Gläubiger auch ohne Gefahr des Verlustes seiner Rechte gegen diese Personen dem Nachlassvertrag zustimmen dürfen. So ergeben sich mit Ausnahme dieser der Billigkeit gemachten, aber nur beschränkten Concession die Vorschriften des Gesetzes im übrigen als reine Consequenzen aus der von uns oben entwickelten Theorie der Rechtswirkung des Nachlassvertrags ¹³ und bilden als solche einen Beweis für deren Richtigkeit. Jene Ausnahme lässt sich

¹² Vgl. Dernburg, Pandekten II § 82 Note 7.

¹³ v. Völderndorff, Commentar II p. 620 hat diese Theorie für den Zwangsvergleich der R. C. O. aufgestellt.

weniger vom Gesichtspunkt des Systems und der Dogmatik als von dem der praktischen Nothwendigkeit und Nützlichkeit rechtfertigen. Sie gehört zu jenen Vorschriften, von denen Prof. A. Heusler in der Juristenversammlung¹⁴ 1882 das Wort aussprach: „Da das ganze Wesen des Nachlassvertrags als ein aus Billigkeitsrücksichten in die Rechtsordnung gemachter Einbruch aufzufassen sei, so könne dieses Rechtsinstitut auch nicht als reines Rechtsgebilde gestaltet und durchgeführt werden, sondern müsse eben vielfach auf möglichst genauer Abwägung von Recht des Gläubigers und Rücksicht auf den Schuldner geordnet werden“.

Zu der gleichen Art von Normen gehört u. E. die Bestimmung des Art. 303 al. 3, welche einem nahe liegenden Gedanken Ausdruck giebt. Ist sich ein Gläubiger bewusst, dass er sichern Rückgriff habe, dass daher nicht er, sondern der Rückgriffspflichtige einen Schaden erleide, und dass somit weniger er, als der letztere ein Interesse am Nachlassvertrag habe, so soll es ihm unbenommen sein, unbeschadet seiner Rechte gegen diese Personen diese zu ermächtigen, an seiner Statt über den Beitritt zum Nachlassvertrag zu entscheiden. Hier handelt es sich also nicht um Cession der Forderung, sondern um blosse Stimmrechtsbevollmächtigung. Auch dieser Bestimmung, die wieder die Regel enthält, liegt der Gedanke zu Grunde, dass hier das Interesse der genannten Personen genügend gewahrt sei, wenn sie statt ihrer Gläubiger selber über den Nachlassvertrag abstimmen dürfen.

So haben wir denn, unserer Construction über die Rechtswirkung des Nachlassvertrags entsprechend, im Art. 303 als Regel durch das Gesetz den Satz sanctionirt, dass der Gläubiger seiner Rechte gegen Bürgen, Mitschuldner und Gewährspflichtige nicht verlustig gehe, dass aber eine Ausnahme eintrete, sofern der Gläubiger dem Nachlassvertrag zustimme, ohne diesen Personen das oben erwähnte Angebot in bestimmter Zeit gemacht zu haben.

Als Consequenz dieser, u. E. auch vom Gesetz getheilten Auffassung, ergiebt sich nun allerdings das Resultat, dass folgerichtig ein Gläubiger seiner Rückgriffsrechte verlustig gehe durch

¹⁴ Vgl. Verhandlungen des schweizerischen Juristentags 1882 p. 13 ff.

Annahme der im Nachlassvertrag für seine Forderung reservirten Quote; denn dadurch anerkennt er die im Nachlassvertrag liegende, Gläubiger und Schuldner bindende Zahlungsmodalität und es geht deshalb seine Forderung mit ihren Rückgriffsrechten durch Annahme dieser Quote unter; der Gläubiger kann also nicht nach Empfang derselben den Rückgriffspflichten auf den erlassenen Theil, auf seinen Ausfall belangen. Für ihn existiren nur 2 Möglichkeiten: entweder Rückgriff gegen den Bürgen, Mitschuldner oder Gewährspflichtigen, welcher dann kraft des *beneficium cedendarum actionum* vom Schuldner die dem Gläubiger reservirte Quote erhält, oder Annahme der letztern durch den Gläubiger selbst, wodurch seine Obligation consumirt wird ¹⁵. Diese etwas fatale Alternative, vor welche das Gesetz den Gläubiger stellt, lässt sich in ihren Wirkungen wohl dadurch umgehen, dass der Gläubiger sich mit seinem Bürgen, Mitschuldner oder Gewährspflichtigen dahin vereinbart, dass er die ihm im Nachlassvertrag zufallende Quote auf Rechnung der letztern annimmt. Ein solches Verfahren läge sowohl im Interesse des Gläubigers, der sich so den Rückgriff gegen den Bürgen auf den Ausfall vorbehalten könnte, als im Interesse des Bürgen, welcher, wenn er nicht im stande ist, den Gläubiger voll auszubezahlen, so lange auch keinen Regress gegen den Schuldner nehmen kann. Dieser Ausweg würde aber auf besonderm pactum zwischen Gläubiger und Bürgen etc. beruhen und stellt sich nicht etwa als Rechtswirkung des Nachlassvertrags dar.

6. Übrige Gläubiger. Gegenüber allen übrigen Forderungen hat der Nachlassvertrag Rechtswirkung und es findet an ihnen der Nachlass statt. Eine weitere Folge, die sich an den Nachlassvertrag knüpft, ist nach Art. 312 die, dass infolge desselben die Pfändungen in Bezug auf alle Vermögensstücke, welche nicht schon vor der Stundung verwerthet worden sind, dahinfallen. Die Bestimmung bedarf wohl keiner weiteren Erläuterung; sie scheint uns implicite den Satz zu enthalten, dass ein Gläubiger mit einem Pfändungspfandrecht nicht wie ein Pfandversicherter, sondern nur wie ein gewöhnlicher Gläubiger am Nachlassvertrag theilnimmt und sich also mit der seiner

¹⁵ Ob das Gesetz diese Consequenz ziehen wollte, bleibt eine offene Frage.

Forderung gesicherten Quote zufrieden geben muss. Dem entspricht auch, dass sich das Pfändungspfandrecht nicht unter den Begriff des Pfandrechts nach Art. 37 bringen lässt — denn dort wird nur auf das S. O. R. verwiesen — und dass sonst nirgends im Gesetz demselben abgesonderte Befriedigung zugesichert ist.

IV. Ehrenfolgen. Aus Art. 26 resultirt negativ, dass sich für den Schuldner keine öffentlichrechtlichen Folgen an den Nachlassvertrag knüpfen; denn die Kantone dürfen dieselben nur für fruchtlose Pfändung und Concurs feststellen. Dies rechtfertigt sich um so mehr, als ja der Nachlassvertrag nach seinem ganzen Wesen nur dem unglücklichen und ehrlichen Schuldner zu Theil werden soll.

§ 16. Aufhebung und Widerruf des Nachlassvertrags.

Nachdem der Nachlassvertrag rechtskräftig geworden ist, darf der so für alle Beteiligten gewonnene Rechtszustand des sichern Fortbestandes nicht entbehren, jeder Beteiligte muss seine Vorkehrungen danach mit Gewissheit treffen können, eine Ungewissheit würde die Massnahmen aller lähmen. Desshalb soll nur aus den gewichtigsten, dem allgemeinen Interesse aller Gläubiger entnommenen Gründen der Fortbestand des Nachlassvertrags in Frage gestellt werden dürfen. Diesen in den Motiven¹ zur R. C. O. entwickelten Standpunkt theilt auch unser Gesetz. Nach demselben kann der Nachlassvertrag aufgehoben werden:

- a) partiell, d. h. nur einem einzelnen Gläubiger gegenüber, hier spricht das Gesetz von Aufhebung des Nachlasses; Art. 315,
- b) gänzlich, d. h. allen Gläubigern gegenüber, dann spricht das Gesetz von Widerruf des Nachlassvertrags; Art. 316.

Die Voraussetzungen sind in beiden Fällen verschieden und daher die letztern getrennt zu behandeln.

I. Aufhebung. Nach Art. 315 kann ein Gläubiger, gegenüber welchem die Bedingungen des Nachlassvertrags nicht erfüllt werden, unbeschadet der ihm durch denselben gewährten Rechte bei der Nachlassbehörde mit Bezug auf seine Forderung die Aufhebung des Nachlasses verlangen. Die Voraussetzung dieses Begehrens liegt also vor für:

¹ Vgl. Motive zur R. C. O. p. 1548.

a) den pfandversicherten Gläubiger, wenn ihm die auf den ungedeckten Betrag seiner Forderung fallende Quote nicht zukommt;

b) den privilegierten Gläubiger, dessen angemeldete Forderung nicht im ganzen Umfange getilgt worden ist; für den unangemeldeten privilegierten Gläubiger gilt das sub d Gesagte;

c) die Ehefrau, wenn ihr nicht für höchstens die Hälfte ihrer Weibergutsforderung genügende Sicherheit geleistet worden ist;

d) alle übrigen Gläubiger, wenn sie nicht die auf ihre Forderung fallende Quote erhalten haben.

Mit Recht enthält sich das Gesetz jeder nähern Bestimmung über die Art der Vollziehung; wesentlich ist ihm nur, dass ein Nachlass stattfindet; im übrigen wird sich jene im concreten Falle aus dem Inhalte des Nachlassvertrags selbst ergeben. Die Vollziehung kann daher sein sowohl eine sofortige als eine nur successive und von Seiten des Schuldners oder von Seiten Dritter. In allen diesen Fällen ist der Gläubiger berechtigt, sobald die Vollziehung dem Inhalte des Nachlassvertrags nicht entspricht, das erwähnte Begehren zu stellen.

Das Begehren ist an die Nachlassbehörde zu richten. In demselben kann der Gläubiger nur die Aufhebung des Nachlasses bez. seiner eigenen Forderung und nicht die Aufhebung des ganzen Nachlassvertrags verlangen. In den Gesetzesberathungen waltete Streit darüber, ob einem solchen Gläubiger nicht dieses letztere Recht zugestanden werden sollte. Diese Auffassung haben die Gesetze von Genf (Art. 28), Belgien (Art. 27), Neuenburg (Art. 22) und neuerdings auch Frankreich (Art. 465); sie entspricht dem gemeinen Rechte², welches im strikten Vollzug des Nachlassvertrags eine stillschweigende Bedingung für die Gültigkeit desselben sah. Anders die R. C. O., welche eine Klage wegen Nichterfüllung überhaupt nicht kennt.

Im Entwurfe des BR. vom 23. II. 1886 war Art. 37 so gefasst, dass die Entscheidung der Frage der Praxis überlassen worden wäre; doch konnte sich diese Bestimmung nicht halten und trat an ihre Stelle die u. E. glückliche Lösung unseres Gesetzes, dass die Aufhebung des Nachlasses nur an der For-

² Vgl. § 4 sub VII.

derung des das Begehren stellenden Gläubigers stattfinden dürfe. Denn es wäre doch unbillig, wenn ein Gläubiger alle übrigen zwingen könnte, auf die Vortheile des Nachlassvertrags zu verzichten, während dieselben vielleicht vorgezogen hätten, trotz momentaner Nichterfüllung der Bedingungen sich zu gedulden und dennoch an demselben festzuhalten. So bleibt es jedem Gläubiger unbenommen, bezüglich seiner Forderung zu handeln, wie er will.

Findet daher die Nachlassbehörde das Begehren für begründet, so wird die Forderung des Gläubigers von der sich kraft des Nachlassvertrags an sie knüpfenden, verbindenden Zahlungsmodalität befreit und dem Schuldner die ihm gegen die Klage aus der ganzen Forderung zustehende Einrede genommen. Der Gläubiger kann seine Forderung wieder in vollem Betrage mit Erfolg einklagen und zwar — und dies ist eine wichtige und zugleich harte Bestimmung — unbeschadet der ihm aus dem Nachlassvertrag gewährten Rechte. Diese Bestimmung, die übrigens nach ihrem Wesen auch den Gesetzen von Genf, Neuenburg und Belgien eigen ist, möchte hart erscheinen, namentlich gegenüber Dritten, die zu Gunsten des Schuldners intervenirt haben, um ihm die Erlangung eines Nachlassvertrags zu erleichtern, und die nun bei ihrem Versprechen behaftet werden sollen, trotzdem der Nachlassvertrag an einer Forderung, um deren willen sie sich auch zum Theil verpflichtet haben, hinfällig geworden ist. Allein eine Vorschrift im entgegengesetzten Sinne wäre noch von viel grösserer Gefahr, weil dann diese Dritten sich ihrer Pflichten zu leicht entziehen könnten, indem sie den Schuldner bewegen würden, den Nachlassvertrag nicht prompt zu vollziehen³. Die Bestimmung ist deshalb u. E. doch zu rechtfertigen.

Der Entscheid über das Begehren des Gläubigers wird von der Nachlassbehörde gefällt und kann gemäss Art. 315 al. 2 an die obere kantonale Nachlassbehörde, wo eine solche besteht, weiter gezogen werden. Das Rechtsmittel ist die Beschwerde; sie kann sowohl vom Gläubiger als vom Schuldner ergriffen werden; die Einlegefrist ist 10 Tage. Der endgültige Entscheid wird nicht publicirt, sondern bloss den Betheiligten mitgetheilt, nach Analogie des Art. 34 wohl durch recommandirten Brief. Ob eine münd-

³ Vgl. P. St. C. p. 147—149.

liche Verhandlung vor der Nachlassbehörde resp. in der Beschwerdeinstanz stattfindet, lässt das Gesetz unbeantwortet. Die kantonalen Einführungsgesetze werden dies bestimmen. Wird das Begehren des Gläubigers verworfen, so bleibt der status quo ante; im umgekehrten Fall geht der Schuldner, wie schon erwähnt, seiner Einrede aus dem Nachlassvertrag verlustig und kann nun der Gläubiger mit Erfolg den ganzen Betrag seiner Forderung einklagen.

II. Widerruf des Nachlassvertrags. Der einmal in Rechtskraft erwachsene Nachlassvertrag kann nicht mehr von Amts wegen widerrufen werden.

Wohl aber kann nach Art. 316 jeder Gläubiger den Widerruf eines auf unredliche Weise zu stande gekommenen Nachlassvertrags bei der Nachlassbehörde verlangen.

Das Gesetz schreibt nicht vor, dass die Unredlichkeit, — der Begriff ist u. E. noch weiter zu fassen als *dolus* — in der Person des Schuldners vorhanden sein müsse, es genügt auch schon, wenn Dritte unehrlich gehandelt haben. Dagegen ist ohne Zweifel erforderlich, dass Causalzusammenhang zwischen der unredlichen Handlung und dem Zustandekommen des Nachlassvertrags vorliege. Bei einem Institut, welches wie der Nachlassvertrag auf die *bona fides* und den guten Willen aller Betheiligten abzustellen hat, muss jede unlautere Handlungsweise schwer geahndet werden, und es scheint geboten, dass der Schuldner nicht die Früchte der Unehrlichkeit trage, welche er, oder für ihn ein anderer gegen die Gläubiger begangen hat.

Nur der Gläubiger ist berechtigt, den Widerruf zu verlangen. Richtigerweise sollten u. E. auch die Dritten, welche zu Gunsten des Schuldners intervenirt haben, z. B. Bürgen für die Vollziehung des Nachlassvertrags, nach Analogie des belgischen Gesetzes Art. 26 *de lege ferenda* zu diesem Begehren berechtigt werden; denn es erscheint unbillig, dass dieselben bei einem auf unehrliche Weise zu stande gekommenen Nachlassvertrag dennoch haften sollen.

In dem Begehren hat der Gläubiger die unehrliche Handlungsweise nicht zu beweisen, wohl aber glaubhaft zu machen. Die Untersuchung der Nachlassbehörde muss dann ergeben, ob eine solche vorliegt oder nicht. Ist dies der Fall, so widerruft die Nachlassbehörde den Nachlassvertrag, und es kann jeder

Gläubiger binnen 10 Tagen seit der Bekanntmachung gegen den Schuldner, sofern er der Concursbetreibung unterliegt, die sofortige Concurseröffnung verlangen. Infolge des Widerrufs verliert der Schuldner seine Einrede aus dem Nachlassvertrag gegenüber allen Gläubigern; die letztern verlieren aber auch die ihnen durch den Nachlassvertrag gewährten Rechte. Die Lage ist jetzt wieder die gleiche, wie vor Eingabe des Nachlassbegehrens. Allfällig vom Schuldner schon gemachte Leistungen kann derselbe nicht zurückfordern, sondern sie tilgen die betreffenden Forderungen, aber nur in der Höhe ihres Betrages.

Der Entscheid der Nachlassbehörde kann, wie sub I, weitergezogen werden; ist er in Rechtskraft erwachsen, so wird er publicirt und dem Betreibungsamte mitgetheilt. Die Publication, welche im kantonalen Amtsblatt, und, sofern der Schuldner der Concursbetreibung unterliegt, im schweizerischen Handelsamtsblatt geschieht, ist hier nothwendig, um den Gläubigern Kenntniss von dem Widerrufe zu geben.

3. Kapitel.

Schlusserörterungen.

§ 17. Die rechtliche Natur des Nachlassvertrags.

Über die rechtliche Natur des Nachlassvertrages, insbesondere des Zwangsvergleiches der R. C. O. ist in neuester Zeit viel gestritten worden. Doch geht sicher aus der ganzen historischen Entwicklung desselben hervor, dass er sowohl im römischen Recht, wie auch später und namentlich im gemeinen Recht von Doctrin und Praxis als Vertrag aufgefasst worden ist. Nur so erklärt sich die insbesondere von den gemeinrechtlichen Schriftstellern gegen den Nachlassvertrag erhobene Opposition, weil jene eben in demselben eine exorbitante Verletzung des Principes der Vertragsfreiheit sahen und deshalb die so singuläre Ausnahme auf den römisch-rechtlichen Fall beschränkt wissen wollten¹; denn, sagten sie, die l. 7 § 19 D. de pactis (2.14) dürfe als Ausnahmebestimmung nur restrictive interpretirt werden.

¹ Vgl. oben § 3.

Dieser Vertragstheorie pflichteten nun auch die Motive zur R. C. O.² bei Behandlung des Zwangsvergleichs bei, und die Mehrzahl der heutigen concursrechtlichen Schriftsteller theilt sie³. Dieser Theorie schliesst sich ferner auch die französische Jurisprudenz⁴ an, und sie scheint endlich auch von unserm Gesetzgeber gebilligt worden zu sein, indem er keinen Anstand nahm, unser Rechtsinstitut nachträglich⁵ mit dem Namen des Nachlassvertrags zu taufen.

So darf heute die Vertragstheorie wohl als die herrschende bezeichnet werden. Allein die gegen dieselbe erhobenen Einwände verdienen unsere volle Beachtung.

Schultze in Strassburg⁶ hat das Verdienst, der erste gewesen zu sein, welcher die Vertragsnatur des Nachlassvertrags mit Erfolg angefochten hat, indem er gegen die Unzulässigkeit und Anomalie einer solchen Construction energisch Widerspruch erhob: „Soll hier wirklich eine Abweichung von dem Fundamentalsatze, dass der Vertrag nur durch den Willen der Vertragschliessenden zu stande kommt, vorliegen“⁷? Es hat gewiss schon etwas Widernatürliches an sich, dass die Theorie den Nachlassvertrag in eine Rechtskategorie verweisen will, deren wesentlichste Eigenthümlichkeit: der *mutuus consensus*, bei jenem gerade fehlt und daher auf künstliche Weise ergänzt werden soll.

Speciell bei unserm Gesetze sind es namentlich noch zwei Punkte, welche uns dazu bewegen, unserm Nachlassvertrage trotz seines Namens den Vertragscharakter abzusprechen.

Vorerst ist es danach sehr fraglich, mit wem der Schuldner den Nachlassvertrag abschliesst; geschieht dies mit jedem einzelnen Gläubiger allein oder mit all' denselben als den Mitgliedern einer Gemeinschaft, einer *communio incidens*? Im erstern Falle müssten consequenterweise ebenso viele einzelne Verträge zwischen Gläubigern und Schuldner entstehen, als Gläubiger nach dem Gesetz „an den Nachlassvertrag gebunden“, mithin

² Vgl. Motive p. 1537.

³ Vgl. Endemann, a. a. O. § 91 B.; Fitting, Conkursrecht § 45 Note 6.

⁴ Vgl. Rapport, p. 78; Art. 453 spricht gerade zu d'un traité zwischen den Gläubigern und dem Schuldner.

⁵ Der Entwurf des BR. vom 23. II. 1886 enthielt die Bezeichnung: Concordat.

⁶ Vgl. Schultze, a. a. O. p. 114 ff.

⁷ Vgl. Schultze, a. a. O. p. 119—120; Oetker, a. a. O. p. 54 Note 1.

nicht bevorrechtet sind; dann wäre aber u. E. für die auch durch unser Gesetz vorgesehene Annahme-Majorität, in der die Vertragstheorie eine Majorisirung sieht, kein Platz mehr übrig. Im andern Falle wäre eine solche wohl denkbar, aber eine Rechtsgemeinschaft unter den Gläubigern liegt eben nicht vor, weil dieselben bloss infolge des Umstandes, dass sie den gleichen Schuldner haben, nicht in einem besondern Verbande stehen, sondern jeder vom andern unabhängige Rechte besitzt⁷. Macht uns so schon die Bestimmung der Vertragscontrahenten und die Frage der Rechtszulässigkeit einer Majorisirung die Vertragsnatur des Nachlassvertrags sehr zweifelhaft, so geschieht dies u. E. vollends aus dem Grunde, weil durch unser Gesetz der Nachlassbehörde, gleichgültig, welche Gläubigermehrheit sich für den Nachlassvertrag ausgesprochen hat, eine ausgedehnte *causæ cognitio* übertragen ist, ein Prüfungsrecht, dessen nahezu unbeschränkten Umfang wir schon früher bestimmt haben⁸. Die Cognition der Nachlassbehörde betrifft nicht nur die Richtigkeit der Beschlussfassung der Gläubiger, sie bedeutet nicht bloss eine Ergänzung derselben; sie ist ihr nicht subordinirt⁹, sondern sie ist u. E. neben jener ein zweites, neues, gleichwerthiges Erforderniss zum Zustandekommen des Nachlassvertrags. Der Entscheidung der Nachlassbehörde ist nicht bloss declaratorischer Natur, die letztere hat nicht ein bloss formelles Bestätigungsrecht, sondern sie ist berufen, sowohl die Interessen der überstimmten Gläubiger zu wahren, als auch die beim Nachlassvertrag in Betracht kommenden, im § 6 nachgewiesenen staatlichen Interessen zu berücksichtigen. Aus diesen Gründen scheint uns die Vertragsnatur des Nachlassvertrags ausgeschlossen zu sein.

Schultze hat nun an deren Stelle die Urtheilsnatur des Nachlassvertrags gestellt und dieselbe mit glänzender Beredsamkeit vertheidigt. In der That enthält dieselbe den grossen Vortheil, dass mit ihr jene Anomalie der Vertragstheorie, wonach den einen Gläubigern in gewissem Umfange eine Disposition über die Vermögensrechte der andern Gläubiger eingeräumt ist, fällt.

⁸ Vgl. § 14 sub II.

⁹ Vgl. Entwurf des BR. vom 23. II. 1886 Art. 32, wo neben den 3 Ziffern des jetzigen Art. 306 als 4. Ziffer die Gläubigermehrheit aufgestellt war.

„Nicht die Mehrheit der Gläubiger — sagt Schultze ¹⁰ — ist es mithin, welche die Minderheit zum Abschluss eines Vertrages nöthigt, sondern die Staatsgewalt erkennt kraft Rechts über die Modalität des Anspruchs der sämtlichen Gläubiger, der Zwang für die Minderheit liegt nicht im Willen der Mehrheit, sondern in der verfassungsmässigen Gewalt des Richters. Die Willensäusserung der Mehrheit ist nicht Vertragswille, sondern lediglich Erkenntnisquelle für den Richter, sie ist für ihn bloss informatorischer Natur. Das richterliche Urtheil bestätigt nicht durch Vertrag geschaffenes Recht, sondern es macht richterliches Recht“. Schultze legt also dem Vorhandensein der gesetzlichen Gläubigermehrheit keine die Nachlassbehörde zur Bestätigung bindende Kraft bei, sie soll ihr nur constatiren helfen, was als vernünftiger, dem Interesse aller Gläubiger und der Gesamtlage entsprechender Wille der Gläubiger anzusehen sei.

Der Nachlassvertrag ist nicht Vertrag, er ist Urtheil; aber dieses Urtheil stellt nicht die Existenz der einzelnen Forderung fest, sondern hat lediglich für alle an den Nachlassvertrag vom Gesetz gebundenen Gläubiger die Feststellung der Zahlungsmodalität zum Inhalt. Erst aus diesem Standpunkte lässt sich die Zulassung von Gläubigern mit unbestimmten Forderungen zur Abstimmung rechtfertigen, erst aus dieser Auffassung erklärt sich die Rechtswirkung des Nachlassvertrags, wie wir sie oben nachgewiesen haben, und insbesondere die Behandlung der Mitschuldner, Bürgen und Gewährspflichtigen, welche der Vertragstheorie so viel Schwierigkeiten bereitet hat.

Aber diesen gewiss unverkennbaren Vorthelen von Schultze's Theorie stehen ebenso gewichtige Bedenken gegenüber, welche in neuester Zeit von Professor Oetker in Rostock entwickelt worden sind¹¹. Mit Recht bemerkt dieser Schriftsteller, dass, wenn dem richterlichen Urtheil irgend welcher Inhalt noch bleiben solle, es auf das materielle Rechtsverhältniss zwischen Gläubiger und Schuldner müsse bezogen werden. Die Zumuthung aber, an die Möglichkeit eines Urtheils zu glauben, das auf Antrag des Schuldners hin nach blossen Zweckmässigkeitsrück-sichten über die Rechte seiner Gläubiger bei Anhörung nur

¹⁰ Vgl. Schultze, a. a. O. p. 121.

¹¹ Vgl. Oetker, a. a. O. p. 35—73.

eines Theils derselben — denn die abwesenden Gläubiger (bei uns diejenigen, die sich nicht angemeldet haben) würden jedenfalls nicht gehört — entschiede, sei doch noch stärker, als die Supposition eines Vertrags ohne Vertragswille¹².

Da nach Schultze gewiss mit Recht das zwingende Moment im Willen der Mehrheit nicht zu finden ist, so verlegt er es in die verfassungsmässige Gewalt des Richters. Er hat dabei das constitutive Element des Bestätigungsbeschlusses wohl herausgefühlt, aber u. E. zu sehr betont, indem er einzig hierauf abstellt. Denn ausser den eben angeführten allgemeinen Bedenken verstösst seine Theorie auch gegen eine positive Gesetzesnorm, wenn er im Vorhandensein der Gläubigermehrheit nun ein Indicium, ein Stück Beweismaterial für die Nachlassbehörde sieht, während jene vom deutschen wie schweizerischen Gesetz zur nothwendigen Voraussetzung des Bestätigungsentscheides gemacht worden ist. Es ist deshalb nicht zu verwundern, wenn Oetker, welcher ebenfalls die Vertragstheorie verwirft, u. E. mit Recht auch die Schultze'sche Theorie der Urtheilsnatur des Nachlassvertrags nicht anerkennt.

Aber er begnügt sich nicht mit deren blossen Negation und Widerlegung, sondern er entwickelt uns an ihrer Stelle eine neue dritte Theorie, mit welcher er uns das Richtige getroffen zu haben scheint und welche wir deshalb im Folgenden auf unser Gesetz anzuwenden versuchen. Oetker abstrahirt davon, den Nachlassvertrag als eine Species einer allgemeineren Rechtskategorie anzusehen; für ihn liegt der Rechtsgrund des beim Nachlassvertrag ausgeübten Zwanges — denn die Erklärung dieses Punktes macht ja der Jurisprudenz am meisten Schwierigkeit — weder im Vertrag noch im Urtheil.

Nach Oetker beruht die Gebundenheit der Gläubiger unmittelbar auf Rechtssatz¹³. Die materielle Rechtfertigung dieses Rechtssatzes erscheint angesichts der historischen Entwicklung des Nachlassvertrags nicht mehr nöthig.

Dieser dem Nachlassvertrag unterstellte Rechtssatz schafft den Thatbestand desselben, wenn drei Voraussetzungen vorhanden sind: Das Nachlassbegehren, die sogenannte Annahme desselben

¹² Vgl. Oetker, a. a. O. p. 70 ff.; Fitting, a. a. O. § 45 Note 6.

¹³ Vgl. Oetker, a. a. O. p. 44.

durch die Gläubiger und die Bestätigung der Nachlassbehörde. Alle diese drei Elemente sind gleichwerthig, sie sind einander nicht untergeordnet, sondern coordinirt, wohl aber von einander insofern abhängig, als zeitlich das spätere das frühere voraussetzt; keine Annahme ohne Nachlassbegehren, keine Bestätigung ohne Annahme. Als gleichwerthige Elemente sind sie auch alle drei constitutiver Natur, sie sind in ihrer Verbindung der Nachlassvertrag.

Das erste constitutive Element des Thatbestandes Nachlassvertrag ist also das Nachlassbegehren. Richtigerweise ist dasselbe nicht schon an und für sich als wesentlicher Bestandtheil des Nachlassvertrags zu betrachten, sondern beginnt erst mit der Annahme durch die Nachlassbehörde, constitutives Element des Thatbestandes Nachlassvertrag zu sein; bis zum Momente ihres Entscheides ist es für letztere irrelevant. Juristisch ist dasselbe von diesem Zeitpunkt an als die Offerte¹⁴ des Schuldners an seine Gläubiger zu einem Nachlassvertrag aufzufassen, als solche ist das Nachlassbegehren höchstpersönlich. Es wird erst gebunden durch Hinzutreten des zweiten wesentlichen Thatbestandmoments der Annahme. Aus seiner rechtlichen Natur folgt daher, dass es bis zum letzten Momente sowohl vom Schuldner widerrufen werden kann als, wenn derselbe stirbt, selbst untergeht. Die Erben müssen ein neues Nachlassbegehren einreichen. Desshalb ist auch eine Wiederholung des Nachlassbegehrens von Seiten eines Schuldners, der ein solches der Nachlassbehörde zwar eingereicht, nachher aber entweder vor oder nach Annahme durch die Nachlassbehörde widerrufen hat, statthaft, weil und solange es durch den Gläubigerbeschluss nicht gebunden wurde. Consequenterweise ist es auch dem Schuldner, dessen Nachlassbegehren von der Nachlassbehörde verworfen worden ist, unbenommen, neue Nachlassbegehren einzureichen; ob dies der Wille des Gesetzes sei, ist fragwürdig; eine positive Bestimmung wäre hier am Platze gewesen. Stirbt der Schuldner nach Annahme des Nachlassvertragsentwurfs durch die Gläubiger,

¹⁴ Hieraus darf nicht etwa der Schluss gezogen werden: also sei der Nachlassvertrag doch Vertrag; dies wäre nur dann richtig, wenn der Nachlassvertrag durch die blosse Annahme der Gläubiger perfect würde. Dies ist aber in That und Wahrheit nicht der Fall, weil ja zu diesen beiden constitutiven Elementen noch ein drittes; die Bestätigung hinzukommen muss.

so wird darum das Verfahren nicht sistirt, sondern zu Ende geführt; denn der nun allerdings untergegangene Wille des Schuldners auf Zustandekommen des Nachlassvertrags ist in diesem Stadium schon gebunden durch die nämliche Willensäußerung der Gläubiger, die noch fortbesteht. Die Offerte, die mit dem Tode des Schuldners unterginge, ist nicht mehr *res integra*, an sie hat sich der zweite essentielle Act des Nachlassvertrags angeschlossen; durch den Tod des Schuldners kann daher nicht mehr die Weiterentwicklung des Thatbestands gehemmt werden. An das Nachlassbegehren knüpft sich als weiteres constitutives Element der Gläubigerbeschluss über den Nachlassvertrag; derselbe ist gleichwerthig mit dem Nachlassbegehren; was unser Gesetz als Annahme bezeichnet, bedeutet die Consensertheilung der Gläubiger zum Nachlassvertrag unter der Voraussetzung, dass Bestätigung erfolge.

Diese letztere, das dritte constitutive Element unseres Thatbestandes, bildet das Schlussglied der dreigliedrigen Kette Nachlassvertrag. Durch die auf freier *causæ cognitio* basirende Bestätigung wird nicht eine neue Norm geschaffen, sondern werden nur in der Verbindung mit dem Nachlassbegehren und der Annahme durch die Gläubiger die Voraussetzungen für das Wirksamwerden der vorhandenen Rechtsnorm erfüllt¹⁵.

Diese von Oetker entwickelte Theorie birgt nun folgende Vortheile in sich. Sie überwindet mit Leichtigkeit die Schwierigkeiten, welche die Vertragstheorie in der Erklärung der Majorisirung hatte, indem sie die Gebundenheit der Gläubiger nicht an diese, sondern an einen concreten Rechtssatz, an eine *obligatio ex lege* knüpft und damit auch die Lösung der Fragen, wann eine Majorisirung sich rechtfertige und ob die Gläubiger in einem Gemeinschaftsverhältniss stehen, überflüssig macht. In der Annahme durch die Gläubiger sieht sie mit Recht nicht ein den Thatbestand Nachlassvertrag erzwingendes Moment, sondern nur die Garantie, dass derselbe den gemeinsamen Interessen der an ihn gebundenen Gläubiger entspreche. Diese Theorie allein giebt dem Bestätigungsentscheid die richtige Stellung, erkennt seine wahre Bedeutung, weil sie weder, wie die Vertragstheorie, denselben der Gläubigermehrheit unterordnet, noch, wie die Urtheils-

¹⁵ Vgl. Oetker, a. a. O. p. 51—56.

theorie, die letztere jenem unterordnet. Der Entscheid bürgt für die Gesetzlichkeit des Verfahrens, und darum hat die Nachlassbehörde eine so ausgedehnte *causæ cognitio*. Derselbe entscheidet nicht über die Rechte der Betheiligten, sondern er vollendet nur den für die Rechte der Betheiligten relevanten, noch in der Entwicklung begriffenen Thatbestand; die Rechte der Betheiligten werden auch nicht durch die Vollendung des dreigliedrigen Thatbestandes des Nachlassvertrags an sich berührt, sondern es wird nur kraft des Rechtssatzes ein neuer Thatbestand geschaffen¹⁶, dessen Rechtswirkung in der Verpflichtung der Gläubiger an die im Nachlassvertrag stipulirte Zahlungsmodalität besteht. Da der Staat hiedurch gegen gewisse Gläubiger einen Zwang ausübt, so ist er auch verpflichtet, das Interesse der Gezwungenen zu wahren, und dies geschieht in unserm Gesetze hinreichlich in den gesetzlichen Erfordernissen des Nachlassbehrens, in der zweifachen und qualificirten, zur Annahme nöthigen Gläubigermehrheit und dem ausgedehnten Cognitionsrecht der Nachlassbehörde.

So erscheint uns die Theorie Oetkers als die einzig richtige und darum auch annehmbare; denn aus ihr allein ergeben sich die positiven Gesetzesvorschriften unseres Titels als Consequenzen, und desshalb müssen wir ihr beipflichten. Damit ist nun aber auch das Urtheil über unsere Gesetzesbezeichnung: „Nachlassvertrag“ gefällt; sie entspricht nicht dem Rechtscharakter des ihr unterstellten Institutes. Am geeignetsten erscheint uns der schon von Schultze¹⁷ vorgeschlagene Name des Zwangsnachlasses, weil derselbe am meisten dem wirklichen Inhalte dieses Rechtsgebildes entspricht und weil er ihm namentlich nicht widerspricht.

§ 18. Die praktische Bedeutung des Nachlassvertrags.

Nachdem im § 6 die Existenzberechtigung des Nachlassvertrags ausser Concurs für unser Gesetz nachgewiesen und hierauf in den §§ 7—17 seine positive Normirung einer eingehenden Betrachtung unterzogen worden ist, können wir nunmehr zur Lösung der letzten Frage übergehen, nämlich der, ob der

¹⁶ Vgl. Oetker, a. a. O. p. 70.

¹⁷ Vgl. Schultze, a. a. O. p. 135.

Nachlassvertrag unseres Gesetzes die Interessen, zu deren Befriedigung er geschaffen wurde, auch wirklich befriedigen, ob er desshalb voraussichtlich eine häufige oder seltene Anwendung finden, ob er überhaupt von praktischer Bedeutung sein wird.

Das Material zur Beantwortung der Frage ist nun vorhanden; das Resultat wird sich uns aus der Vergleichung seiner jetzigen Gestaltung mit den früher entwickelten Interessen ergeben. Es soll desshalb im Folgenden der Versuch einer Kritik nach den drei Richtungen hin gemacht werden:

Wird durch unsern Nachlassvertrag das Interesse:

- a) des Schuldners,
- b) der Gläubiger,
- c) des Staates wirklich befriedigt?

I. Das Interesse des Schuldners an einem Nachlassvertrag concentrirt sich, wie wir im § 6 sahen, namentlich auf 3 Punkte: Jeder Schuldner hat ein Interesse an Vermeidung der Catastrophe, wie sie Conkurs oder Auspfändung für sein Vermögen mit sich bringen, jeder Schuldner hat auch ein Interesse an der Vermeidung der mit jenen verbundenen öffentlich rechtlichen Folgen, und endlich haben speciell diejenigen Schuldner, welche der Concursbetreibung nicht unterliegen, ein Interesse daran, dass auch ihnen eine die Vortheile des Nachlassvertrags im Conkurs enthaltende Rechtshülfe gewährt werde. Den letztern beiden Interessen ist unser Gesetzgeber in vollem Umfange nachgekommen, indem er durch den Nachlassvertrag ausser Conkurs ein Rechtsinstitut schuf, welches allen im Handelsregister eingeschriebenen oder nicht eingeschriebenen Schuldnern in gleicher Weise zugänglich ist und an dessen Erlangung sich keine ehrenrührigen Folgen knüpfen.

Was dann jenen ersten Punkt, die Vermeidung dessen, was die bundesräthliche Botschaft vom 6. IV. 1886¹ so treffend als Catastrophe bezeichnet, anbetrifft, so ist u. E. hiebei zu scheiden die Vermeidung des gänzlichen Vermögens- und des gänzlichen Creditverlustes.

Durch die Bestimmungen unseres Gesetzes scheint uns für die erstere genügend Vorsorge getroffen worden zu sein, indem es ja dem Schuldner während des ganzen Nachlassverfahrens

¹ Vgl. BR. Botschaft p. 56.

unbenommen bleibt, sein Geschäft selbst, allerdings unter Aufsicht des Sachwalters, an dessen Weisungen er gebunden ist, fortzuführen. Eine totale Liquidation seines Vermögens muss nicht stattfinden, all sein Hab und Gut wird nicht unter den Hammer gebracht, vielmehr alle die Verluste, welche so oft aus dem jähen Abbruch der Geschäftsbeziehungen, aus der plötzlichen Betriebsstockung zu entstehen pflegen, werden hier vermieden. Der Schuldner wird seines Vermögens nicht entsetzt, sondern bleibt in dessen Besitze; aber er hat den Vorschriften des Sachwalters nachzukommen. Dies erfordert auch wieder natürlich, dass im concreten Fall als solcher eine Person ernannt werde, welcher man Verständniss für die Verhältnisse des Schuldners zutrauen darf. Es ist desshalb sehr zu begrüßen, dass das Gesetz das Sachwalteramt nicht auf die Person des Betreibungs- oder Concursbeamten beschränkt hat; denn es wird gewiss genug Fälle geben, wo diesen letztern neben ihrer amtlichen Thätigkeit nicht mehr genug Zeit erübrigen wird, um die Stellung des Sachwalters gewissenhaft auszufüllen, oder, wo man von ihnen auch nicht die nöthige Einsicht in den betreffenden Geschäftsbetrieb erwarten darf. Vorausgesetzt, dass aber ein vernünftiges Zusammengehen von Schuldner und Sachwalter stattfindet, so erreicht gewiss auch unser Gesetz seinen Zweck: das schuldenrische Vermögen wird vor unnützen Verlusten bewahrt bleiben.

Anders verhält es sich u. E. mit dem Credit des Schuldners. Hier scheint uns ein wunder Punkt unseres Gesetzes vorzuliegen. Denn durch die im Art. 295 vorgesehene Publication der Nachlassstundung wird der Schuldner, so gut wie bei der Concurspublication, der erstaunten Öffentlichkeit als ein zahlungsunfähiger Mann vorgestellt, und es wird ihm schwer fallen, nachher wieder Credit zu finden, wenn das Publicum noch so überzeugt sein wird von der Unverschuldetheit seiner finanziellen Situation. Es ist dies schon in der ständeräthlichen Commission² hervorgehoben worden, allein ohne grossen Erfolg, und von Seite der Gesetzesredactoren wurde hiegegen nur geltend gemacht: die Wunde sei eine noch lange nicht so empfindliche, wie im Concurs. Dies ist gewiss richtig, hindert uns aber nicht zu bedauern, dass man bei uns nicht einen Schritt weiter gegangen und von der Pub-

² Vgl. P. St. C. p. 44.

lication abgesehen hat. Diesen Weg hat nun das neue französische Gesetz sur le bénéfice de la liquidation judiciaire eingeschlagen, und es wird in den Berichten³ zu demselben wiederholt geltend gemacht, welch' einen Vortheil ein solches Verfahren für den Schuldner haben werde. Dass die Vermeidung der Veröffentlichung keine Unmöglichkeit gewesen wäre, beweist uns jetzt das Vorgehen des französischen Gesetzgebers. Allerdings ist nicht zu verkennen, dass für unser Gesetz die Preisgabe der Publication auch die der Nachlassstundung bedeutet, mithin eine gänzliche Umgestaltung des Gesetzes erfordert hätte.

So ergibt sich uns als Resultat, dass die Interessen des Schuldners mit Ausnahme des letztern Punktes durch den Nachlassvertrag ausser Concurs unseres Gesetzes in genügender Weise gewahrt erscheinen, allerdings mit der grossen, aber berechtigten Beschränkung, auf welche unser Gesetzgeber schon in der Botschaft vom 6. IV. 1886 Nachdruck legte: es soll diese Rechtswohlthat nur dem bedrängten, ehrlichen Schuldner gewährt werden⁴; nur dessen Interesse am Nachlassvertrag ausser Concurs anerkennt der Gesetzgeber als ein berechtigtes; nur der verdient die Vortheile desselben zu geniessen.

Daher denn auch die so harten gesetzlichen Erfordernisse des Nachlassbegehrens.

Dieselben scheinen uns zu hoch gegriffen; denn oft wird für den Schuldner die Zeit nicht mehr hinreichen, um sich der Zustimmung der Hälfte seiner Gläubiger zu versichern, und es wird daher auch unglückliche, ehrliche Schuldner das harte Loos des Concurses oder der Auspfändung unverschuldeterweise treffen. Auch hier scheint uns das französische Gesetz⁵ über dem unsrigen zu stehen, indem es keine Zustimmung seitens der Gläubiger vorschreibt, dafür aber vom Schuldner unter Androhung des Verlustes der Rechtswohlthat verlangt, dass er sein Gesuch innerhalb der ersten 10 Tage nach der Zahlungseinstellung bei der zuständigen Behörde eingebe. Durch diese weise

³ Vgl. Rapport, a. a. O. p. 55: Nous sommes convaincus que la crainte d'une publicité qui tue le crédit et ôte au débiteur l'espoir de reprendre les affaires, entre pour beaucoup dans les déclarations tardives, dont tout le monde souffre aujourd'hui.

⁴ Vgl. BR. Botschaft, a. a. O. p. 56.

⁵ Vgl. franz. G. Art. 438.

Bestimmung wird der Schuldner genöthigt, sofort, nachdem er überschuldet ist, derselben seine Bilanz zu unterbreiten; eine Verschleppung, die ja weder in seinem noch seiner Gläubiger Interesse ist, wird durch dieselbe unmöglich gemacht; allerdings braucht sich der Schuldner in Frankreich auch nicht vor der Publication zu fürchten; es wird ihm hiedurch im Gegensatz zum System unseres Gesetzes das Geständniss seiner Vermögenslage bedeutend erleichtert.

II. Die Vortheile, welche der Nachlassvertrag ausser Concurs den Gläubigern bringen soll, sind, wie sich aus § 6 ergab, doppelter Art.

In erster Linie soll ihnen derselbe eine grössere Befriedigung ihrer Ansprüche gewähren, als wie bei Concurs und Pfändung. Dieses Ziel scheint nun unser Gesetz erreicht zu haben, indem hier mehr als dort das Vermögen des Schuldners geschont und daher auch für die Gläubiger eine reichlichere Dividende ergeben wird. Unter dem Creditverlust des Schuldners werden allerdings seine Gläubiger insofern zu leiden haben, als nach Veröffentlichung der Nachlassstundung Dritte sich viel weniger gern bereit finden werden, dem Schuldner bei der Erlangung des Nachlassvertrags behülflich zu sein. Im übrigen werden aber die Folgen des Creditverlustes sich namentlich später nach dem Nachlassverfahren, wenn der Schuldner wieder sein Geschäft aufnehmen will, zeigen, mithin die am Nachlassvertrag beteiligten Gläubiger nicht treffen.

Das Interesse der Gläubiger geht aber auch auf gleichmässige Befriedigung, und eine solche setzt eine gründliche Vermögensfeststellung voraus. Ist aber dieselbe durch unser Gesetz garantirt? Bedenken in dieser Richtung wurden schon in der ständeräthlichen Commission⁶ erhoben und dort geltend gemacht: Bei einem Nachlassvertrag ausser Concurs sei die Werthung der Activen stets nur eine approximative und daher durchaus willkürlich; denn nur durch Concurs, d. h. Versteigerung der Activmasse lasse sich deren Werth zahlenmässig ermitteln; wo soll die Nachlassbehörde, welche den Nachlassvertrag auf seine Zweckmässigkeit und Billigkeit zu prüfen hat, einen irgendwie sichern Masstab hernehmen?

⁶ Vgl. P. St. C. p. 10.

Diese Einwände erscheinen uns im Ganzen unbegründeter Natur. Denn was die Aufstellung der Bilanz, die Bestimmung der Activen und Passiven betrifft, so ist ja dem Schuldner durch Art. 301, den Gläubigern durch Art. 304 rechtliches Gehör gewährleistet, indem letzterer Artikel sie berechtigt, in der Verhandlung vor der Nachlassbehörde Einwendungen gegen den Nachlassvertrag vorzubringen, sei es, dass dieselben die Feststellung ihrer eigenen oder der Forderung anderer Gläubiger, sei es, dass sie die Werthung der Activen betreffen. Bezüglich der Feststellung der Activen scheint uns speciell das Zusammenwirken von Sachwalter und Schuldner ein glückliches zu sein, indem, wenn auch durch dasselbe nicht eine ganz genaue Vermögensfeststellung ermöglicht, so doch sowohl Überwerthung, wie Unterwerthung der Activen verhindert werden wird. Wir können allerdings nicht umhin, hier noch ein Mal den so wahren, von Hoffmann ausgesprochenen Satz zu citiren, dass der Schwerpunkt unseres Gesetzes eben in der gewissenhaften Erfüllung der Aufgaben liegt, welche dasselbe der Nachlassbehörde und dem Sachwalter zuweist⁷.

Im Fernern soll der Nachlassvertrag ausser Concurs eine Verminderung der Privatvergleiche bewirken und infolge dessen die bei jenen so oft vorkommenden Übervortheilungen einzelner Gläubiger verhindern. Diesen Zweck erreicht unser Gesetz u. E. nicht in Anbetracht der harten Erfordernisse des Nachlassbegehrens und des dem Schuldner, wenn dasselbe angenommen ist, noch drohenden Creditverlustes. Es ist wahrscheinlich, dass aus diesen beiden Gründen noch mancher Schuldner einen Privatvergleich versuchen wird; dem gegenüber ist zu hoffen, dass die Gläubiger in der Einsicht, dass für sie durch den Nachlassvertrag ausser Concurs ein ebenso günstiges Resultat, wie beim Privatvergleich, aber mit mehr Garantie des Rechts und der Billigkeit herauskommen könne, sich auf einen solchen nicht mehr einlassen werden; dann wird auch der Schuldner viel leichter die zum Nachlassbegehren erforderliche Gläubigermehrheit erlangen können.

Das englische Recht hat eine u. E. nachahmenswerthe, glückliche Bestimmung getroffen, indem es in der Absicht, die

⁷ Hoffmann, a. a. O. p. 22.

Privatvergleiche zu vermindern, deren Rechtsgültigkeit von der Eintragung in ein öffentliches Register abhängig machte.

Es ergibt sich uns hier als Resultat, dass principiell das Gesetz dem Interesse der Gläubiger vollständig Genüge geleistet hat, und dass es dasselbe auch befriedigen wird, sofern nur die Gläubiger selbst die Vortheile des Nachlassvertrags vor dem Privatvergleich einsehen werden.

III. Das staatliche Interesse endlich an dem Rechtsinstitut des Nachlassvertrags ausser Concurs war, wie wir früher sahen, theils ethischer, theils socialpolitischer Natur.

Bezüglich des erstern Punktes scheint uns das Gesetz sein Ziel nicht erreicht zu haben; hier war der Gesetzgeber zu strenger Richter; denn indem er — und gewiss mit Recht — die Rechtswohlthat des Nachlassvertrags nur dem bedrängten, ehrlichen Schuldner gewähren wollte, hat er der Anbahnung desselben so schwere Hindernisse in den Weg gelegt, dass manch' ein Schuldner dieselben nicht überwinden können und der Gesetzgeber ihn unverschuldeter Weise ins Unglück fallen sehen wird, ihn, welcher doch nach seiner Intention den Nachlassvertrag verdient hätte.

Was das socialpolitische Interesse des Staates, das heisst sein Interesse an grossem Volkswohlstand betrifft, so gilt hier im Allgemeinen, was wir bez. des einzelnen Schuldners sub I über die Vermeidung der Catastrophe gesagt haben.

Es erhellt aus den obigen Ausführungen, dass durch die jetzige Gestaltung des Nachlassvertrags ausser Concurs unseres Gesetzes nicht alle Interessen, zu deren Befriedigung er berufen war, befriedigt werden können, indem einer solchen namentlich 2 Momente im Wege stehen: die allzuschwere Anbahnung des Nachlassvertrags und der unvermeidliche Creditverlust, der sich an die Publication der Nachlassstundung knüpfen wird⁸. Hätte man diese beiden Punkte bei Seite schaffen können, wie es in neuester Zeit das französische Gesetz gethan hat, so wäre eine glückliche Befriedigung sämmtlicher in Betracht kommenden Interessen gesichert gewesen.

Ist dies heute nicht der Fall, so ist der Nachlassvertrag darum nicht als eine illusorische Rechtswohlthat zu betrachten;

⁸ Vgl. N. Z. Z. vom 16. XI. 1889: Zum 17. November VI.

denn er befriedigt die Mehrzahl jener Interessen. Es ist zweifellos, dass er den Gläubigern eine grössere Befriedigung verschafft, und es ist zweifellos, dass er den Schuldner sowohl vor unbilligen Verlusten behütet, als in seiner öffentlich rechtlichen Persönlichkeit unberührt lässt, ein Punkt, auf welchen angesichts des bei uns so entwickelten politischen Volkslebens gewiss besonders Nachdruck gelegt werden darf⁹. Desshalb leben wir der Überzeugung, dass man den Nachlassvertrag ausser Concurs nicht, wie wir jetzt, bloss aus dem Gesetzbuche, sondern in Bälde auch aus der Praxis kennen lernen wird.

⁹ Vgl. P. St. C. p. 10.



Anhang.

Fristentafel zum Nachlassvertrag ausser Concurs.

Tage		Art.
10	Beschwerdefrist gegen Entscheid 1. des Sachwalters .	295 al. 3 17
	2. der Nachlassbehörde	294 al. 2 298 al. 2 307
10	Acteneinsichtsfrist vor der Gläubigerversammlung .	300 al. 2
10	Frist für nachträgl. Zustimmungserklärungen der Gläubiger	302 al. 4
10	Frist, in welcher ein Gläubiger dem Mitschuldner, Bürgen oder Gewährspflichtigen Abtretung seiner Forderung an- erbieten darf	303 al. 2
10	Frist von der Gläubigerversammlung bis zur Einreichung der Acten bei der Nachlassbehörde	304 al. 1
10	Frist, während der ein Gläubiger nach Verwerfung des Nach- lassvertrags d. sofortige Concurseröffnung verlangen kann	309
20	Frist für Anmeldung der Forderungen	300 al. 1
Monat		
1	Minimalfrist für die Ladung zur Gläubigerversammlung	300 al. 2
2	Nachlasstundung	295 al. 1
4	Verlängerte Nachlasstundung	295 al. 4

Zeitdauer des Nachlassverfahrens.

Minimum :		Maximum :
10 Tage	Beschwerdefrist über Nachlassbegehren	10 Tage
31 „	bis zur Gläubigerversammlung	
c. 14 „	bis zum Entscheid der Nachlassbehörde	
	erstreckte Nachlasstundung	4 Monate
10 „	Beschwerdefrist über Entscheid	10 Tage
c. 65 Tage oder 2 ¹ / ₆ Monate Minimaldauer;		Maximaldauer: 4 ² / ₃ Monate

Materialien und Literatur.

I. Theil.

- Gaji Institutiones, Ausgabe Huschke, Jurispr. quæ supersunt.
Straccha, Tractatus de decoctoribus et conturbatoribus 1576.
Marquardt, Jus Mercatorum 1662.
Dabelow, Concurs der Gläubiger 1801.
Danz, Summarische Processe 1806.
Schweppe, System des Concurses 1824.
Puchta, Beiträge zum Concursprocess 1827.
Bayer, Theorie des Concursprocesses 1836.
Schmid, Gemeiner deutscher Civilprocess, Bd. III 1845.
Heffter, Archiv für civil. Praxis X.
Spangenberg, Zeitschrift für Civilrecht und Process VI.
Pfeiffer, Praktische Ausführungen, Bd. III, IV, VIII.
Fuchs, Concursverfahren, Marburg 1863 und dort p. 81 ff. Citirte.
Puchta, Pandekten (12. Auflage) 1877.
Vangerow, Pandekten Bd. III, (7. Auflage) 1863.
Rehfous, La faillite des Non Commerçants, Paris 1882.
Schlatter, Neuer Rechtskalender der schweizerischen Eidgenossenschaft 1883.
Lyon Caën, La loi anglaise sur la faillite, Paris 1888. (Imprimerie nationale).

II. Theil.

- Schweizerisches Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Concurs mit sämtlichen Entwürfen, den Botschaften des BR., Protocollauszügen und Berichten der Ständeraths- und Nationalraths-Commission.
Commentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Concurs, 1. Lieferung von L. Weber und A. Brüstlein, Zürich 1890.
Zeerleder, Kritisch-systematische Darstellung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Concurs (Zeitschrift des Berner Juristen-Vereins 3. Heft) 1889.

Hoffmann, Vortrag über das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Concurs 1889.

Bachmann (Nat. Rath), Die Grundzüge des Entwurfes eines Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Concurs 1888.

Loi genevoise sur les sursis concordataires, 2. X. 1880, rapport au grand Conseil.

Loi neuchâteloise sur les sursis concordataires, 20. XI. 1885, rapport au grand Conseil.

Loi française sur le bénéfice de la liquidation judiciaire, 5. III. 1889, rapport à la Chambre des Députés.

Loi belge sur le concordat préventif de la faillite, 20. VI. 1883, Motive bei Nypels: Pasinomie Belge 1883.

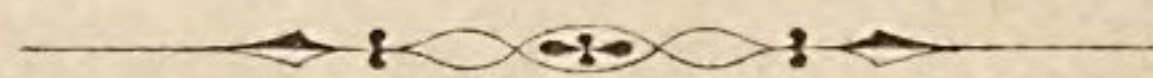
Reichs-Concurs-Ordnung; Text mit Motiven (Amtl. Vorlage für den Reichstag, Berlin 1875 bei Fr. Kortkamp).

Endemann, Concursverfahren 1889.

v. Völderndorff, Commentar zur Reichs-Concurs-Ordnung II. 1885.

Schultze, Das deutsche Concursrecht in seinen juristischen Grundlagen 1880.

Oetker, Festschrift der Rostocker Juristenfacultät zum 50jährigen Jubiläum Windscheids 1888.

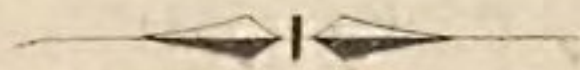


Errata.

p. 19 Zeile 5 von oben lies: Die Ausgestaltung statt: Über die Ausgestaltung.

p. 35 „ 1 unten „ § 18 „ § 19

p. 47 „ 4 von oben „ Einreichung „ Einreihung.



Inhaltsverzeichnis.

I. Theil.

Historische Einleitung.	pag.
§ 1 Römisches Recht	7
§ 2 Weitere Entwicklung in Italien bis ins 16. Jahrhundert .	13
§ 3 Reception und Entwicklung in Deutschland	16
§ 4 Gemeines Recht	19
§ 5 Die modernen Gesetzgebungen	29

II. Theil.

Der Nachlassvertrag ausser Concurs nach dem schweizerischen Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Concurs.

Einleitung.	pag. 35
§ 6 Die Existenzberechtigung des Nachlassvertrags ausser Concurs	36
1. Kapitel: Das präparatorische Nachlassverfahren.	
§ 7 Das Nachlassbegehren	46
§ 8 Der Entscheid über das Nachlassbegehren	54
2. Kapitel: Das eigentliche Nachlassverfahren.	
§ 9 Übersicht	58
§ 10 Die Nachlassstundung	58
§ 11 Die Stellung des Schuldners	65
§ 12 Die Stellung und Thätigkeit des Sachwalters	69
§ 13 Die Gläubigerversammlung	79
§ 14 Der Entscheid der Nachlassbehörde	88
§ 15 Die Rechtswirkungen des Nachlassvertrags	100
§ 16 Aufhebung und Widerruf des Nachlassvertrags	113
3. Kapitel: Schlusserörterungen.	
§ 17 Die rechtliche Natur des Nachlassvertrags	117
§ 18 Die praktische Bedeutung des Nachlassvertrags	124

Anhang

Fristentafel, Dauer	132
Literatur	133



Keller, Gustav

Der Nachlassvertrag ausser Concurs nach dem schweizerischen Bundesgesetz ü
ber Schuldbetreibung und Concurs mit einer historischen Einleitung

1891

J.rel. 1276 c

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11636855-1